This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse http://books.google.com

A 455585 DUPL

350.03
R46
H67

REVUE HISTORIQUE

DE

DROIT FRANÇAIS

ET ÉTRANGER.

350.03
R46
H67

REVUE HISTORIQUE

DE

DROIT FRANÇAIS

ET ÉTRANGER.

Paris. — Typographie Hennuyer et fils, rue du Boulevard, 7.

REVUE HISTORIQUE

DE

DROIT FRANÇAIS

ET ÉTRANGER

PUBLIÉE SOUS LA DIRECTION DE MM.

ÉD. LABOULAYE,

Membre de l'Institut,
Professeur de législation comparée au Collége de France ;

E. DE ROZIÈRE,

Inspecteur général des Archives ;

R. DARESTE,

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation ;

C. GINOULHIAC,

Professeur d'histoire du droit à la Faculté de Toulouse.

TOME ONZIÈME.

PARIS

AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE, RUE DES GRÈS, 7.

1865

REVUE HISTORIQUE

DE DROIT FRANÇAIS

ET ÉTRANGER.

UN MANUSCRIT INÉDIT D'ANTOINE DE GOVÉA.

(Suite et fin[1].)

MÆCIANUS.

Lib. VI. Fideicommissorum.

V. Sed et qui magna præditus est dignitate vel auctoritate, arenarii, vel ejus mulieris, quæ corpore quæstum fecerit, hereditatem restituere cogetur.

GOVEANUS.

Si quam maculam homines præditi dignitate aliquâ adeundis infamium hereditatibus personarum [consequuntur], ea restituendis eluitur. — Cum enim omnes in fideicommissarium transferantur actiones, non videntur personam testatorum referre qui restituunt.

Itaque, viri amplissimi et clarissimi adire hereditates compelluntur meretricum et arenariorum, hoc est, eorum qui, mercedis causa, cum bestiis in arena depugnant[2]. Nam in ludum venatorium damnati jus testandi non habent, servi scilicet pœnæ

[1] *Revue historique de droit français et étranger*, t. X, p. 410.

[2] V. M. Lamache, *Etude historique et juridique sur les spectacles et sur la condition légale des acteurs chez les Romains* (*Revue critique*, 1861, t. XVIII, p. 57, 256, 261 et 265). E. C.

361272

effecti. (L. *Aut damnum*, 8. § *Quicumque*, 11. D. *De pœnis*, 48. 19.)

Ex iis liquido apparet, alios esse infames, alios intestabiles; ii testamenti factionem non habent. (L. *Is cui*, 18. § *Si quis*, 1. L. *Cum lege*, 26. D. *Qui testamenta facere possunt*, 28. 1.) Qui vero suas operas in arena locant, etsi infames sint (L. 1. § *Removet*, 6. D. *De postulando*, 3. 1) [1], tamen et testantur et ex testamento accipiunt (L. *In arenam*, 11. C. *De inofficioso*, 3. 28); qui neque testes esse in testamento prohibentur.

ULPIANUS.

Lib. IV. Fideicommissorum.

VI. Pr. Recusare autem non tantum præsentes, sed etiam absentes vel per epistolam possunt; nam etiam adversus absentes postulatur decretum : sive certior sit eorum voluntas, recusantium adire et restituere hereditatem, sive incerta : adeo præsentia eorum non est necessaria.

GOVEANUS.

Ait Jureconsultus : *Recusare*... quamvis repudiare nemo, nisi præsens, possit, ita ut neque hereditatem adire. Actus namque contrarii sunt repudiatio et aditio, uti scripsimus libro secundo Lectionum variarum [2].

Ait Jureconsultus : *Nam etiam adversus absentes postulatur decretum*... — Neque enim causæ cognitionem desiderat, cum heredi, qui coactus adit, nullum ex ea aditione damnum possit contingere.

Ait Jureconsultus : *Sive incerta*... Prætori qui decernit; satis enim est dici : heredem institutum recusare. — Decretum vero postulanti, certa esse heredis voluntas debet.

Quin, et si, cum hereditas non adeatur, absente herede instituto, decretum ante recusationem impetretur, nihil puto obstare quominus ex eo decreto heres cogi possit adire et restituere, quamvis præpropere sit impetratum. — Nam, ante aditionem herede decedente, quamvis decreto impetrato, non tenebuntur successores restituere. Neque vero adire cogentur, cum ipsi non sint rogati restituere.

[1] Vide præsertim l. 11, § 5, D. *De his qui notantur infamia*, 3. 2. E. C.
[2] Cap. 25, § 2. Ed. Van-Vaassen, 1766, p. 218. E. C.

ULPIANUS.

VI. § 1. Meminisse autem oportebit de herede instituto senatum loqui ; ideoque, tractatum est apud Julianum, an intestato locum habeat. Sed est verius, eoque jure utimur, ut hoc senatus consultum ad intestatos quoque pertineat, sive legitimi, sive honorarii sint successores.

GOVEANUS.

Quamvis senatus consultum Pegasianum de herede instituto loquatur, tamen ejus sententia ad intestatos quoque pertinet, ut heres legitimus rogatus [cogatur] restituere.

Quod ita verum puto, si rogatus sit nominatim. Si enim his verbis : « Quisquis mihi heres erit, bonorumve possessor erit, » puto iniquum esse primum gradum tantum cogi, cum possit et secundi aditione conservari fideicommissum. Quo non adeunte, necesse est intercidere fideicommissum.

ULPIANUS.

VI. § 2. Sed et ad filium, qui in potestate est, hoc senatus consultum locum habet, et in ceteris necessariis, ut a Prætore compellantur miscere se hereditati, sic deinde restituere ; quod si fecerint, transtulisse videbuntur actiones.

GOVEANUS.

In quibus locus non videbatur præterea senatus consulto esse, quia qui repudiare non possunt, neque recusare videntur posse. Verum cum abstinendo, simile aliquid faciant recusantibus, poterunt, si abstineant, ad immixtionem et restitutionem compelli per Prætorem, non ut habeant quod restituant ; heredes namque statim fiunt (L. 1. § *Prætermittere*, 2 et 6. D. *Si quis omissa causa testamenti*, 29. 4), de quo plene scripsimus ad titulum *De vulgari et pupillari substitutione ;* sed ut per eam immixtionem testamentum confirmetur, quo destituto, nihil in eo relictum valet. Instituti namque necessarii, si se immisceant, ex testamento heredes facti intelliguntur. (d. § *Prætermittere.*)

Quid ergo si ab intestato filius rogatus sit, et paterna hereditate abstineat? Et eo casu immixtio sive aditio necessaria non est. Heres namque statim fit, neque testamentum est quod confirmari opus sit.

Idem dicendum si ex parte filius institutus rogatus restituere suspectam hereditatem dicat. Nam coheredis aditio sufficiet ad confirmandum testamentum.

Ex iis duobus casibus intelligendus est paragraphus *De patre*, 4. L. 27, *Ita tamen*. D. *in eo*.

Si vero, omissa testamenti causa, ab intestato possideat, sufficit fideicommissario edictum. (L. *Si servum*, 28. § *ult.* 1. D. *Si quis omissa causâ testamenti*, 29. 4.)

Ridiculum valde est, quod Accursius existimat illis verbis : « et in ceteris necessariis, » servos designari, quibus abstinere Prætor non permittit. (L. *Necessariis*, 57. § 2. D. *De adquirenda hereditate*, 29. 2.)

Ait Jureconsultus : *Quod si fecerint, transtulisse videbuntur actiones*... Quamvis proprie in his senatus consultum locum non habeat, propter eam causam quam supra diximus.

ULPIANUS.

VI. § 3. Si fisco vacantia bona deferantur, nec velit bona agnoscere, et fideicommissario restituere, æquissimum erit, quasi vindicaverit, sic fiscum restitutionem facere.

GOVEANUS.

Bona vacantia sunt quibus nemo heres bonorumve possessor extitit. (L. 1. Pr. D. *De jure fisci*, 49. 14.) Neque eo minus vacantia dicuntur, si ab aliquo possideantur, modo non quasi ab herede, bonorumve possessore.

Sane si ea quadriennio sint possessa post nunciationem, possessor temporali exceptione tutus est. (L. *Quia autem*, 6. § *Certe*, 7. D. *Si quis omissa causa testamenti*, 29. 4. — L. 1. § 2. D. *De jure fisci*, 49. 14.)

Species autem hujus paragraphi sic poni debet : Titius institutus, rogatus hereditatem restituere, adita hereditate decessit. Ei nemo heres, nemo bonorum possessor extitit. Fisco locus factus est. Qui, si bona agnoverit et vindicaverit, sine dubio restituere tenebitur, quasi Titii successor. Sin vero omittat, non cogetur ille quidem vindicare. Sed quasi vindicaverit restituet. Quæ sententia summam habet æquitatem. Imperatori autem hoc casu ipso jure restitutionem placuit [fieri] in lege ultimâ, 8. C. *Ad senatus consultum Trebellianum*, 6. 49.

ULPIANUS.

VI. § 4. Item si municipes hereditatem suspectam dicant heredes instituti, dicendum erit, cogi eos agnoscere hereditatem et restituere; idemque erit et in collegio dicendum.

GOVEANUS.

Si municipes instituantur, municipia instituta intelliguntur. (L. *Civibus*, 2. D. *De rebus dubiis*, 34. 5.)

Non omnia municipia institui possunt, sed dumtaxat quæ sub imperio Romano sunt.

Si igitur civitas instituatur, vel collegium, vel curia, vel societas, et suspectam hereditatem dicat, cogi poterit agnoscere hereditatem et restituere.

Agnoscit enim per [aditionem][1] decreto constitutam. (L. 3. § *A municipibus*, 4. D. *De bonorum possessionibus*, 37. 1. — L. *unic.*, § 1. D. *De libertis universitatum*, 38. 3.) [2].

Restituit autem decreto, sine actoris interventu. (L. 1. § *Si autem*, 15. D. *in eo*) ; quo loco de collegiorum et corporum institutione scripsimus.

ULPIANUS.

VI. § 5. Titius heres institutus, Sempronio substituto, rogatus est ipsi Sempronio hereditatem restituere; institutus suspectam dicebat hereditatem; quæritur an cogendus est adire et restituere hereditatem; et deliberari potest. Sed verius est, cogendum eum, quia interesse Sempronii potest, ex institutione, quam ex substitutione hereditatem habere, vel legatis, vel libertatibus onerata substitutione; nam etsi legitimus heres fuerit is, cui fideicommissaria hereditas relicta est, idem dicitur.

GOVEANUS.

Non solum ut conservetur fideicommissum, verumetiam ut quam plenissimum servetur, heres adire et restituere compellitur. Quare, quamvis ex substitutione vel lege possit ad fideicommissarium hereditas pervenire, tamen, eo postulante, adire et restituere cogetur institutus.

[1] Ms. « Actionem. »

[2] Vide Hingst, *Commentatio de bonorum possessione*. Amsterdam, 1858, p. 169. E. C.

Potest namque fideicommissarii interesse ex restitutione, potiusquam ex alia causa habere hereditatem. Pone oneratam legatis substitutionem, et fideicommissis legitimam successionem, quæ ab instituto constat non deberi, licet quæ ab eo relinquuntur præstat substitutus ex Divi Severi constitutione. (L. *Licet imperator*, 74. D. *De legatis*, 1°. 30.)

ULPIANUS.

VI. § 6. Si quis alio loco restituere hereditatem jussus sit, et suspectam eam dicat, Julianus scribit, cogendum eum esse, similemque ei, qui in diem rogatus est restituere.

COVEANUS.

Quo loco quis restituere rogatur, ibi restituat oportet. Alioquin, non ita restituit uti rogatur, ac, per consequens, non ex Trebelliano restituit neque actiones transfert. Namque, qui in diem rogatus est restituere, ante diem restituendo, actiones non transfert. (L. *Sed etsi*, 10. D. *in eo.*)

MÆCIANUS.

Lib. IV. Fideicommissorum.

VII. Sed sciendum est, impendiorum quoque, quæ ad iter explicandum necessaria essent, rationem haberi debere; nam si ita institutus esset, si Titio decem dedisset, non aliter cogeretur quam si ei pecunia offeratur. Sed et salutis ac dignitatis ratio habenda erit; quid enim, si morbo applicitus Alexandriam jussus fuit adire, vel nomen testatoris vispellionis ferre?

COVEANUS.

Jussus Alexandriæ restituere cogetur proficisci, sumptu tamen et impensa fideicommissarii.

Nam et sub conditione dandi institutus non aliter cogetur adire quam si pecunia a fideicommissario offeratur. Neque enim conditio hæc remittitur a Prætore.

Quin et salutis et dignitatis heredis rationem Prætor in decernendo habet. Nam neque heredem valetudinarium Alexandriam ire coget; neque honestum hominem testatoris personæ vilis

[nomen], vespelionis puta [1], ferre, quamvis conditiones has habeat [testator justam causam imponendi].

Verum, cum a Prætore non remittatur, utpote quæ neque contra leges, senatus consulta, principum constitutiones, etc., intercideret necessario fideicommissum, nisi se Prætor interponeret. Qui, quamvis ad hereditatis aditionem cogere heredem nequeat, non impleta conditione, coget tamen [eum] bonorum secundum tabulas agnoscere possessionem, vel constituere, uti, actionibus prætoriis ut nactus, actiones transferat ex Trebelliano. (L. *Facta*, 63. § *Si sub conditione*, 7. D. *in eo.*)

PAULUS.

Lib. II. Fideicommissorum.

VIII. De ætate quoque, et jure, id est, liceat ei eo ire, necne, æstimabitur.

GOVEANUS.

Ut valetudinario, ita et seni onus itineris Prætor remittit. Si Alexandria interdictum sit ei, qui a testatore Alexandriam adire jussus est, Prætor se interponit et ibi ubi est adire compellit.

[Certa loca interdicta] [2] scribunt Jureconsulti in lege *Exilium*, 5, et lege *Relegatorum*, 7. D. *De interdictis et relegatis*, 48. 22. Idem dicendum est, si senex Alexandriam adire jussus est.

ULPIANUS.

Lib. IV. Fideicommissorum.

IX. Pr. Sed et si alio loco jussus est adire, et Reipublicæ causâ absit, æque cogendum adire hereditatem et restituere, Julianus ait, ubi abest.

GOVEANUS.

Quin, et si heres Alexandriæ jussus hereditatem adire, Romæ legationis causâ sit, vel uspiam Reipublicæ causâ absit, ne a munere publico avocetur, ibi ubi est adire et restituere compelletur; neque revocandi domum jus habet. (L. *Si legatus*, 30. Pr. D. *in eo.* — L. *Sed et si*, 28. § 1. D. *De judiciis*, 5. 1.)

[1] Quid sint *vispelliones* et *vespeliones?* Adsit ne inter eos quædam differentia? Controvertitur. E. C.

[2] Ms. « Certis locis interdictis. »

Aliud dicendum esset, si hac conditione institutus esset : « Si Alexandriam iverit. » Tum enim, nihil amplius cogi posset, quam ut bonorum possessionem agnosceret, ut superius diximus.

ULPIANUS.

IX. § 1. Plane si quis petierit ad deliberationem tempus, et impetraverit, deinde post tempus deliberationis adierit, et restituerit hereditatem, non videtur coactus hoc fecisse; nec enim suspectam coactus adit, sed sponte post deliberationem.

§ 2. Quod si suspectam dicit, profiteri debet, non sibi expedire adire hereditatem, neque hoc dici oportere, non esse solvendo; sed profiteri eum oportet, quod non putat sibi expedire hereditatem adire.

GOVEANUS.

Et si qui ad deliberationem tempus petit suspectam hereditatem habeat, suspectam tamen non dicit. Quare si exacto deliberationis tempore volens adeat, quartæ commodum non amittet. (L. *Omnes qui*, 71. D. *in eo.*)

Qui suspectam hereditatem dicit profitetur sibi non expedire adire hereditatem, idque se ita putare.

ULPIANUS.

IX. § 3. Si quis sub conditione fuit heres scriptus, pendente conditione nihil agit, tametsi paratus sit restituere hereditatem.

GOVEANUS.

Si quis sub conditione, quam Prætor non remittit, heres fuerit institutus, nihil agit si ante restituere velit. Neque enim ante acquirere potest quam conditio extiterit. Hereditas autem non acquisita non restituitur.

Videtur autem loqui Jureconsultus de conditione casuali. Nam si in dando conditio sit, offerente fideicommissario pecuniam, parere heres conditioni cogetur, et adire, aditamque restituere.

Si vero ex faciendo, neque factum ullum incommodum afferat heredi, ad factum heres compelletur.

Si ex casu pendeat conditio, nihil opis fideicommissario Prætor adferre potest.

GAIUS.

Lib. II. Fideicommissorum.

X. Sed etsi ante diem vel ante conditionem restituta sit hereditas, non transferuntur actiones, quia non ita restituitur hereditas, ut testator rogavit. Plane posteaquam extiterit conditio, vel dies venerit, si ratam habeat restitutionem hereditatis, benignius est intelligi, tunc translatas videri actiones.

GOVEANUS.

Quin et pure institutus, sub conditione vel in diem rogatus restituere, si ante diem vel conditionem sponte restituat, non fit ex Trebelliano restitutio, neque actiones transferuntur. Neque enim ex voluntate testatoris fit restitutio.

Plane, posteaquam dies venit vel conditio extitit, si fideicommissarius ratam habeat restitutionem, benignius erit tum in eum translatas videri actiones, quasi nunc demum restituta hereditate. Constat enim, ut bonorum possessionem, sic et restitutionem ratam haberi posse. (L. *seq.* 11. § *Utrum*, 2. D. *in eo.*)

Aditio hereditatis ratihabitione non confirmatur. Si enim heres sub conditione institutus ante adventum conditionis adeat, non potest ex post facto hæc aditio convalescere.

Idem dicendum, si filius familias injussu patris hereditatem adeat; nam rata haberi ejus modi aditio non potest. (L. *Qui in aliena*, 6. Pr. D. *De acquirenda hereditate*, 29. 2.)

De illo sane dubitari potest, quamobrem expectanda dies est, quam certum est eventurum, ut ante restituens non transferat actiones. — Et dicendum est id fieri, quia aliter restituat quam jusserit testator. Senatus autem tum demum æquum censuit actiones transferri, heredemque exonerari, cum uti jussus esset hereditatem restituisset. (L. 1. § 2. Suprà. *In eo.*)

Itaque majorem partem restituens quam jussus est, in eam partem quæ excedit non transfert actiones. (L. *Facta*, 63. § *Si quis majorem*, 3. D. *in eo.*)

Ex Pegasiano autem senatus consulto, ante diem restitui hereditas potest, ex quo actiones non transferuntur. (L. *Post mortem*, 12. C. *De fideicommissis*, 6. 42.)

Sane, si suspecta hereditas dicatur, et Prætoris jussu adea-

tur, in diem collata restitutio repræsentatur, ac si purum esset fideicommissum (L. 1. § *Sed et quotiens*, 9, D. *in eo*,) actionesque transferuntur. (L. *Cogi*, 16. § *Cum quidam*, 7. D. *in eo.*)

Cum enim certum sit diem venturum, ante fideicommissarius decedens, transmittit. (L. 1. § 1. D. *De conditionibus et demonstrationibus*, 35. 1.)

Rogatus autem sub conditione restituere, si suspectam dicat, ne decedens non adita hereditate fideicommissarium decipiat, adire statim cogitur; et, ne fructus medii temporis lucrifaciat, eodem tempore ad restitutionem compellitur. (L. *seq.* 11. § *Utrum*, 2. D. *in eo.*)

Decedente autem ante restitutionis conditionem fideicommissario, non intelliguntur translatæ actiones, neque exoneratur heres. Quo fit ut ei succurratur per Divi Pii constitutionem, et bona testatoris ejus nomine vendantur, ac si nemo ei heres extitisset. (d. § *Utrum*. L. 11. § 2. D. *in eo.*)

ULPIANUS.

Lib. IV. Fideicommissorum.

XI. Pr. Apud Julianum relatum est, si legatum fuit heredi instituto relictum : *Si heres non erit*, et ob hoc suspectam dicat hereditatem, ne perdat legatum, offerri ei oportere quantitatem legati a fideicommissario, deinde cogendum. Nec illud admittit Julianus, ut, quasi hereditatem non adiisset, sic legatum a coherede petat; adiit enim; sed magis arbitratur, a fideicommissario ei præstandum. Sed et si quid aliud sua interesse dicet, non cogitur adire, nisi ei damnum vel lucrum a fideicommissario sarciatur, vel a Prætore onus remittatur, quod recusat.

GOVEANUS.

Si heres sua interesse dicat hereditatem non adire, non prius compellitur quam ei damnum vel lucrum a fideicommissario sarciatur. Utrumque namque hoc respicit : id quod interest.

Quare si ita legatum acceperit heres ex parte institutus : *Si heres non esset*, adire non cogetur nisi oblata a fideicommissario legati quantitate [quam[1]] adeundo et acquirendo amittit. Nam,

[1] Ms. « quod. »

qui coactus adit, adit tamen, neque potest, quasi non adierit, legatum a coheděre petere. Facti namque aditio est ; [fictio [1]] autem ad ea quæ facti sunt non pertinet. (L. *In bello*, 12. § *Facti*, 2. D. *De captivis*, 49. 15.)

Ita, ex contrario, adivisse intelligi non potest qui non adiit. Ideoque, liberis emancipati, qui propterea non adivit, quia propter ventrem in eo erat ut testamentum rumperetur, necesse est Prætorem succurrere, et eis bonorum possessionem servare; non nato posthumo, secundum tabulas; nato vero posthumo, contra tabulas. (L. *Ventre prætorito*, 84. D. *De acquirenda hereditate*, 29. 2.) De quo scripsimus LIBRO I VARIARUM LECTIONUM [2].

Quin, et si a testatore heredi onus, quo ejus dignitas aut salus lædatur, impositum sit, iniquum erit eum cogi, nisi onere liberatum. (L. *Sed sciendum*, 7. D. *in eo*.)

ULPIANUS.

XI. § 1. Idem Julianus ait : si duo fuerint a patre instituti cum filio ejus impubere, et iidem substituti filio, sufficere ei, qui fideicommissum in secundis tabulis accepit, unum ex heredibus institutis cogere adire patris hereditatem; hoc enim facto, confirmatisque patris tabulis, poterunt ex substitutione ambo cogi adire, et restituere hereditatem.

GOVEANUS.

Testator filio impuberi Titium et Sempronium dederat coheredes, eosdem que filio substituerat, ac rogaverat uti filii impuberis hereditatem Seio restituerent. Filio abstento, dicta a coheredibus suspecta hereditate patris, quærebatur post mortem impuberis quemadmodum Seio, qui in secundis tabulis fideicommissum acceperat, consuli oporteret.

Et respondit Julianus, sufficere Seio, si vel Titium, vel Sempronium ex principali testamento adire cogeret, ut confirmatis per eam aditionem tabulis patris, ac per consequens suis, uterque ex substitutione posset cogi adire pupilli hereditatem et restituere. Qui, etiam abstentus, utique eos heredes habet quos ei pater dedit, sive in vulgarem, sive in pupillarem

[1] Ms. « factum. »

[2] Cap. IV, § 9. Ed. Van-Vaassen, 1766, p. 178. E. C.

[casum] facta substitutione. — Nam vulgaris casus, qui in pupillari, ex Divi Marci constitutione continetur, ad bona pupilli pertinet, uti multis locis scripsimus ad titulum *De vulgari et pupillari substitutione*.

Quæro, aliis substitutis, quid juris sit.

Quæro quamobrem satis sit fideicommissario secundarum tabularum, Titium vel Sempronium ad aditionem compellere paternæ hereditatis.

Quæro quamobrem compellatur paternam hereditatem adire, quam restituere non sit rogatus.

Postremo, quid juris sit filio exheredato, vel omittente causam testamenti.

Ad primum respondeo : Aliis substitutis, institutos cogi non debere, cum alii rogati sint. Nemo enim, præter restituere rogatum, adire compellitur.

Ad secundum respondeo : Satis esse fideicommissario vel Titium, vel Sempronium cogere; quia ea aditione id tantum agitur, ut patris tabulæ confirmentur, non etiam ut habeant instituti quod restituant. Neque enim patris hereditas in fideicommisso est.

Ad tertium respondeo : Titii vel Sempronii aditionem non auferre rem possessoribus, ad quos, destituto patris testamento, bona pervenerant, uti scripsimus ad L. *Moribus*, 2. § *Interdum*, 2. D. *De vulgari*, et L. *Coheredi*, 41. § *Cum filiæ*, 2. D. *Eodem titulo* [1]. — Nec enim aliud ea aditione quæri nisi ut principales tabulæ confirmentur, quibus destitutis, secundæ tabulæ evanescunt ; ac, per consequens [2], [institutus] ex principali testamento oneribus hereditariis non astringitur.

Ad postremum respondeo idem filio exheredato juris esse quod abstento. Plenius tamen esse fideicommissum secundarum tabularum. Omittentibus namque institutis, et suspectam dicentibus hereditatem patris, filius ab intestato patri succedens ad substitutum sua et patris bona transmittit. Quæ sententia est L. *Ita tamen*, 27. § *A patre*, 4. D. *in eo*.

[1] Ed. 1562, p. 84 et 127. — His in locis memorantur a Goveano commentaria quæ nunc primum edimus : « De quo plene scripsimus ad d. l. apud Julianum. » — Quam ob causam non inserta fuere in volumine tunc Lugduni impresso, vix intelligere possumus.

[2] Ms. « quasi cadit. »

Idem dicendum est de filio causam testamenti omittente. Ad eum enim res patris redit, si a coheredibus suspecta dicatur hereditas.

Ex iis, duo colliguntur : Neque nudo nomine sui heredis (quem Bart. sui heredis existentiam vocat) tabulas patris confirmari ; et ea, quæ secundis tabulis relinquuntur, nisi adita ex secundis tabulis hereditate, non deberi, quamvis earum dies cedit a morte testatoris. (L. 1. D. *Quando dies legatorum*, 36. 2.)

ULPIANUS.

XI. § 2. Utrum autem præsenti, an etiam absenti restitui possit, procuratore adeunte Prætorem, videndum est. Ego puto, absente quoque fideicommissario cogi posse heredem institutum adire, et restituere, nec vereri heredem oportere, ne forte in damno moretur ; potest enim ei per Prætorem succurri, sive cautum ei fiat, sive non, et ante decesserit fideicommissarius, quam ei restituatur hereditas. Est enim hujus rei exemplum capere ex Rescripto divi Pii in specie hujusmodi : Antistia decedens Titium heredem instituit, et libertatem dedit Albinæ directam, eique filiam per fideicommissum reliquit, rogavitque ut filiam manumitteret ; sed et Titium rogavit, ut manumissæ Albinæ filiæ restitueret hereditatem. Quum igitur Titius suspectam diceret hereditatem, rescriptum est a Divo Pio, compellendum eum adire hereditatem ; quo adeunte Albinæ competituram libertatem, eique filiam tradendam, et ab ea manumittendam, tutoremque filiæ manumissæ dandum ; quo auctore, restituatur hereditas filiæ statim, quamvis sic fuisset ei rogatus restituere, quum nubilem ætatem complesset. Quum autem possit, inquit, evenire, ut ante decedat ea, cui fideicommissaria libertas et hereditas relicta est, nec oporteat damno affici eum, qui rogatus adiit hereditatem, remedium dedit, ut, si quid horum contigerit, perinde permittatur, venundari bona Antistiæ, ac si heres ei non extitisset. Quum igitur demonstraverit Divus Pius, succurri heredi instituto, qui compulsus adiit, dici potest, etiam in cæteris causis exemplum hoc sequendum, ut, sicubi evenerit, restituatur fideicommissaria hereditas ei, qui compulit adire, et restituere sibi hereditatem.

GOVEANUS.

Absens adire hereditatem non potest (L. *Per curatorem*, 90. Pr. D. *De adquirenda hereditate*, 29. 2), ut neque manumittere, neque emancipare. Actus enim legitimi nostram præsentiam desiderant uti scripsimus ad L. *Est receptum*, 14. D. *De jurisdictione omnium judicum*, 2. 1 [1].

Recipere [autem] [2] ex fideicommisso hereditates possumus absentes.

Sive enim adiri et restitui hereditatem mandato meo postuletur, sive ultro procurator postulet, cogetur institutus adire et restituere.

Sed hoc casu, eo tempore actiones transibunt quo ratum habebo, cavebitque procurator ratam me restitutionem habiturum.

Illo vero casu, statim actiones transeunt, neque cautio exigetur, si de mandato constet. L. *Qui ita*, 66. § 1. D. *in eo*.

Procuratorem ab eo cui nominatim mandatum est separat Jureconsultus in L. 1 D. *De procuratoribus*, 3. 3. L. *Servum*, 49. D. *Mandati vel contra*, 17. 1.

Quod si ante decedam quam mihi restituta sit hereditas, hoc est antequam ratam restitutionem habeam, sive cautum heredi, sive non, succurret ei Prætor, neque damno affici patietur eum qui coactus adiit; et testatoris bona perinde venumdari permittet ac si ei nemo heres extitisset.

Neque id sine exemplo Prætor faciet.

Cum enim Antistia quædam heredem Titium instituisset, et Albinæ directam libertatem dedisset, eique filiam per fideicommissum reliquisset, quam manumitti ab ea voluisset, Titium suspectam hereditatem dicentem, quam puellæ rogatus erat restituere cum ætatem nubilem complevisset, adire cogendum Divus Pius rescripsit, ut, ita, firmato testamento, Albinæ ipso jure adeptæ libertatem filia a Titio traderetur, cui, a matre manumissæ, idem Titius tutore auctore hereditatem restitueret; idque statim quamvis ejus in ætatem nubilem esset collatum fideicommissum.

[1] Ed. 1562, p. 42.
[2] Ms. « enim. »

Titio autem idem imperator succurrit, ut, decedente inter moras puella, antequam et hereditatem et libertatem recepisset, bona Antistiæ testatricis ita venumdari permitterentur ac si ei nemo heres extitisset, ne qui coactus adiit ex aditione damnum sentiat.

Cujus rescripti exemplo in cæteris causis uti Prætor potest, ut, sicubi evenerit ut ante decedat qui coegit, quam ei hereditas restituatur, indemnem servet.

Quæro, in casu rescripti, quo postulante Titius adire cogatur.

Quæro quomodo Titius cogatur adire, cum puellæ libertas ex legato pendeat.

Quæro quomodo puellæ repræsentetur fideicommissum, cum præsertim iis verbis conditio repræsentetur : cum nubilem ætatem compleverit (L. *Hæc conditio*, 10. § 1. D. *De conditionibus et demonstrationibus*, 35. 1) ante cujus eventum transire actiones non possunt.

Ad primum respondeo : Matre puellæ postulante, Titium ad aditionem compelli ; neque eam quæ directam libertatem acceperit testamento pro filia postulantem repelli oportere, maxime cum adversus dominum non postulet.

Sane, si per fideicommissum libertas ei relicta esset, nisi hereditatem quoque testamento accepisset, Prætor eam non audivisset.

Ad secundum respondeo, servum hereditarium, cujus libertas ex legato pendet (pone Sempronium legatum, et ab eo jussum manumitti) justum non esse postulatorem ; cum enim propter legatum nemo adire compellatur. (L. *Nam quod*, 14. § *ult.* D. *in eo.*)

Multo minus cogetur propter id quod ex legato pendet, cum possit inter moras, non manumittente legatario, servus mori antequam ei restitui poterit hereditas ; atque ita actionibus hærebit, qui coactus adiit.

Verum, in proposito, illa æquitas puto imperatorem movit, quod mater nullam factura moram libertati filiæ videbatur, si Titius in tradenda puella matri non cessasset. Et vero extra ordinem puellam ab Imperatore adjutam in lege sequente scribit [Papinianus] [1]. Cum autem extraordinario auxilio alte-

[1] Ms. « Paulus. »

rius damno nemo adjuvetur, eodem rescripto provisum est ne ea aditio scripto heredi fraudi esset, si ante receptam hereditatem pupilla decessisset.

Ad postremum caput respondeo : Ita fideicommissum puellæ repræsentari, ne medii temporis fructus capiat qui suspectam hereditatem coactus adiit.

Licet autem statim puellæ hereditas restituatur, non statim tamen actiones transferuntur, sed tum demum cum extiterit conditio. (L. *Ille a quo,* 13. Pr. D. *in eo.*) — Interea tamen ei et in eum qui restituit actiones Prætor denegabit ; et ei et in eum dabit, qui fideicommissum recepit.

Sane, in diem collato fideicommisso, qui suspectam dicit, statim restituens, statim actiones transfert. Certum enim est debitum iri in fideicommissarium quod etiam ad heredem transferatur. De quo scripsimus ad L. *Sed et si ante,* 10. D. *in eo.*

Illud postremo meminisse oportet, quandoque adita hereditate a Titio, puella decedente, servari a Prætore Albinæ libertatem. Verum namque est aditam hereditatem [fuisse].

PAPINIANUS [1].

Lib. XX. Quæstionum.

XII. Sed quum ab herede pro parte instituto fideicommissa hereditas sub conditione relicta esset, Imperator Titus Antoninus rescripsit, non esse locum constitutioni suæ, neque pupillum extra ordinem juvandum, præsertim si novum beneficium cum alterius injuria postularetur.

COVEANUS.

Lex hæc obscuram habet sententiam.

Divi Pii constitutio, ex qua rogatus sub conditione restituere, suspectam dicens, ante conditionis eventum, adire cogitur et restituere, locum non habet, si qui adire recusat habeat coheredem, cui recusantis portionem accrescere in dubium non venit. Qui quamvis existente conditione fideicommissario respondeat, fructus tamen medii temporis lucratur (L. *Ex asse,*

[1] Ms. « Paulus, » quæ lectio Haloandri est. E. C.

28. Pr. D. *in eo*), et, deficiente conditione, accrescentem portionem suo jure retinet.

Quo fit, ut duobus, alteri pure, alteri sub conditione, hereditatem restituere rogatus, totam interea hereditatem, quam suspectam dixit, ei restituat cui pure relicta est, expectante altero conditionem, quam, si coheredem non haberet, minime expectaret. (L. 1. § *Sed et quotiens*, 9. D. *in eo.*)

Titius igitur, ex parte institutus, rogatus sub conditione hereditatem restituere, adire non cogetur et restituere, ne coheredi fiat injuria, qui fructibus medii temporis fraudaretur.

Si pure Titius esset rogatus, necessitas ei adeundi sine ulla coheredis injuria inferretur. Nam et ipse heres ad fideicommissi præstationem statim cogeretur, neque ullum temporis emolumentum sentiret.

Ait Jureconsultus : « *Neque pupillum extra ordinem juvandum...* » Idem dicendum de qualibet alia ætate. Sed constitutio Divi Pii pupillæ meminit. Extraordinarium autem esse constitutionis hujus auxilium ostendimus ad § *Utrum autem*, 2, legis 11. D. suprà, *in eo.*

Ait Jureconsultus : « *Præsertim si novum beneficium.....* » Præsertim si a coherede adita sit hereditas. Totam namque τῇ δύναμει adiisse intelligitur, qui ex parte adiit. Neque, omittente coherede, alia ei opus est aditione, cui sine manifesta injuria auferri hereditatis pars non potest ante conditionis eventum, in quem collata fuerat restitutio.

Minus evidens injuria esset, si ante aditam ab eo hereditatem coheres ante conditionis eventum restituere cogeretur. Verum, et hoc quoque casu, adire volentem Prætor expectabit, neque coheredem cogere festinabit.

Novum autem auxilium Constitutionis auxilium vocat, quod extra ordinem Divus Pius induxit.

Restitutio in integrum, quamvis extraordinarium remedium sit, novum tamen non est.

ULPIANUS

Lib. IV. Fideicommissorum.

XIII. Pr. Ille a quo sub conditione fideicommissum relictum est, causari quid non poterit, ne conditio deficiat, et hæreat

actionibus, cum nullum damnum sit futurum, secundum ea, quæ ostendimus.

§ 1. Jam igitur non desideratur heredis præsentia.

GOVEANUS.

Cum igitur Divi Pii constitutio succurrat iis qui, ante fideicommissi conditionem, adire coguntur hereditatem, ille a quo sub conditione relinquitur fideicommissum causari non poterit, metuere ne, conditione deficiente, ante cujus eventum non transferuntur actiones, hæreat ipse actionibus hereditariis; cum ex Divi Pii constitutione, deficiente conditione, ita testatoris bona vendantur, ac si nemo heres extitisset, et creditoribus actiones in eum denegentur.

Quæ cum ita se habeant, etiam absenti, ad procuratoris postulationem, restitui poterit hereditas. Nam, fideicommissario decedente antequam ratam habeat restitutionem, heredi ex Divi Pii constitutione succurretur.

Verbum igitur « heredis » interpretis esse puto. Locum enim proximum videtur Jureconsultus concludere.

ULPIANUS.

XIII. § 2. Si de testamento aliquid quæratur, heres non debet audiri, si suspectam sibi hereditatem dicat; nam et si maxime dicatur, vel jus testandi non habuisse eum, qui testatus est, vel de viribus testamenti, vel de sua conditione, non erit audiendus.

§ 3. Quid ergo si de viribus fideicommissi tractetur? Hæc quæstio prætermittenda non erit; sed quid, si qui fideicommissarius dicat, adeat prius, et sic de hoc quæratur? Credo, interdum audiendum fideicommissarium, si cognitio prolixiorem tractatum habeat; finge enim, verba fideicommissi de longinquo petenda, et justam deliberationem de quantitate fideicommissi incidere, dicendum erit, compellendum eum adire, ne prius heres decedens fideicommissarium decipiat.

GOVEANUS.

Nemo in privata re auditur, nisi quod sua interesse ostendat. Quare si rogatus restituere, testatorem testamenti factionem

neget habuisse, si imperfectum testamentum esse ostendat, si secum testamenti factionem non fuisse affirmet, adire tamen cogetur et restituere. — Quid enim ad eum qui restituit [interest], ex cujus testamento, aut quasi, restituat, si expugnato testamento, hereditas ad eum lege, vel quo alio jure reditura non est. — Ita enim legitimi heredes viderint quousque interest intestatum decessisse patrem familias.

Quid ergo si de viribus et potestate fideicommissi quæratur, contendente instituto, particulare, non universitatis esse fideicommissum; cogi autem se non oportere, nisi cum in cogentem transire actiones possunt. (L. *sequente*, 14. § *Qui compulsus*, 4. D. *in eo.*)

Illa quoque de [viribus] fideicommissi quæstio impedire potest, quin heres ad aditionem et restitutionem compellatur, si fideicommissarius solidum capere posse negetur : quod in ipso herede requiritur. (L. *Cogi*, 16. § *Hi qui solidum*, 15. D. *in eo.*)

Nullæ aliæ [contestationes][1] de fideicommissi quantitate moram adferre aditioni possunt. Sive enim tota hereditas, sive pars in fideicommisso sit, recte cogit fideicommissarius. Utroque enim casu, exoneratur institutus. (D. L. *Cogi*, 16. § *Si quis*, 4. D. *in eo.*)

Quin ne eæ quidem quæstiones aditionem remorabunt, si de longinquo testamenti verba petenda sint, ne, decedente instituto, extinguatur, non adita ex testamento hereditate, fideicommissum. Nam, confirmato testamento, ab heredibus rogati recte restitui hereditas poterit.

Quid ergo, si, cognitis testamenti verbis, appareat cogi non oportuisse institutum? Et eo casu ei qui coactus adiit succurret D. Pii constitutio.

ULPIANUS.

XIII. § 4. Tempestivum est requirere, per quem quis cogatur adire et restituere hereditatem, veluti si Prætor aut Consul fuerit heres institutus, suspectamque hereditatem dicat, an cogi possit adire et restituere? Et dicendum est, Prætorem quidem in Prætorem, vel Consulem in Consulem nullum impe-

[1] Ms. « constitutiones. »

rium habere, sed si jurisdictioni se subjiciant, solet Prætor in eos jus dicere. Sed et si Prætor ipse heres institutus suspectam dicat, ipse se cogere non poterit, quia triplici officio fungi non potest, et suspectam dicentis, et coacti, et cogentis; sed in his omnibus casibus, atque similibus, principale auxilium implorandum est.

GOVEANUS.

Prætor suspectam dicentem hereditatem ex senatus consulto adire cogit et restituere. Suum autem imperium detrectantem, mulcta, carcere, fuste, si persona humilis sit, coercebit. Neque enim longius mixtum prætoris porrigitur imperium, de quo scripsimus ad leg. *Imperium*, 3. D. *De jurisdictione omnium judicum*, 2. 1 [1].

Cum enim aditio facti sit et ad factum ipso jure nemo cogi possit, necessaria est coercitio Prætoris, ne ejus eludantur et contemnantur imperia.

Solet etiam Prætor pœnali judicio tueri suam jurisdictionem. (L. *unic.* Pr. D. *Si quis jus dicenti non obtemperaverit*, 2. 3.)

Quid ergo, si Prætor aut Consul rogatus sit restituere, in quem Prætori imperium non est.

Et eo casu, aut Prætoris jurisdictioni par, superiorve potestas se subjiciet; itaque ei jus dicetur. (L. *Est receptum*, 14. D. *De jurisdictione omnium judicum*, 2. 1.) Cogi enim etiam absentes possunt. (L. *Recusare*, 6. Pr. D. *in eo.*) — Aut Principis implorabitur auxilium, in quem enim populi Lege Regia translata potestas est; et Prætores et Consules, ordinariam defugientes jurisdictionem, jure summæ potestatis hereditatem adire et restituere compellet.

Ad quod tum necessario confugiendum est, cum is Prætor, cujus de fideicommissis notio est, hereditatem restituere rogatur. Neque enim ipse se cogere potest.

Quod si Prætor ipse fideicommissum acceperit, ipse quidem sibi jus non dicet; collega dicet. Nam et procurator et cui mandatum est, nominatim decretum hoc impetrat absentis nomine, uti superius ostendimus.

Si præsentiam nostram res desideraret, jus Prætori dici non

[1] *Tractatus de jurisdictione*, lib. II, col. 1562, p. 22-27. E. C.

posset ; de quo scripsimus ad L. *Est receptum*, 14. *De jurisdictione*, 2. 1 [1].

Ait Jureconsultus : *Quia triplici officio fungi non potest*..... Triplex officium Jureconsultus facit : Suspectam dicere, cogi et cogere ; licet enim eadem persona suspectam dicat et cogatur, aliud tamen est suspectam dicere, aliud cogi.

ULPIANUS.

XIII. § 5. Si quis filius familias sit, et magistratum gerat, patrem suum, in cujus est potestate, cogere poterit, suspectam dicentem hereditatem, adire et restituere.

GOVEANUS.

Filius item a patre adire cogetur ; restituere non cogetur, cum ex se pater restituere per se hereditatem per filium quæsitam possit.

Non solum autem per filium Prætorem pater adire cogetur et restituere ; verum etiam per Prætorem patrem filius adire cogit, sibique restituere. (L. *Cogi*, 16. § *Si pater*, 11. D. *in eo.*)

HERMOGENIANUS.

Lib. IV. Fideicommissorum.

XIV. Pr. Nam quod ad Jus publicum attinet, non sequitur jus potestatis.

GOVEANUS.

De sententia legis hujus scripsimus ad legem *Qui jurisdictioni*, 10. D. *De jurisdictione omnium judicum*, 2. 1 [2].

HERMOGENIANUS.

XIV. § 1. Sed et qui repudiavit hereditatem, cogetur adire, et restituere ipsam hereditatem, si justæ causæ allegentur.

§ 2. Plane si bona venierint, non oportet præceptorem, ne quidem pupillum restituere ; nisi ex causa, ut Divus Pius rescripsit.

[1] Ed. 1562, p. 42.

[2] Ed. 1562, p. 36.

GOVEANUS.

Repudiationem actum aditioni contrarium esse supra scripsimus ad legem *Recusare*, 6. D. *in eo*. Quemadmodum igitur per aditionem delata adquiritur hereditas, ita per repudiationem amittitur. Et quidem ita ut ipso jure heres fieri non possit, qui semel hereditatem repudiavit.

Quo fit ut facilius adire compellatur, qui suspectam hereditatem dixit, quam qui repudiavit. Ille enim nihil aliud professus est quam non expedire sibi hereditatem adire. (L. *Sed et si alio*, 9. § 2. D. *in eo*.)

Verumtamen, et qui repudiavit, si res adhuc integra sit, hoc est si bona adhuc vendita non sint, a creditoribus adire cogetur, ut, quoad ejus fieri potest, successorem testatori servemus.

Per quam aditionem, utiles dumtaxat consequetur actiones qui repudiatam semel coactus hereditatem adiit. — Neque enim pupillus qui, repudiatæ hereditatis adeundæ gratia, in integrum restituitur, alias nanciscitur actiones. (L. *Moribus*, 2. § *Ego*, 3. D. *De vulgari et pupillari substitutione*, 28. 6.)

Quam restitutionem non passim impetrat, sed re dumtaxat integra, hoc est bonis non venditis (L. *Quod si minor*, 24. § *Scævola*, 2. D. *De minoribus*, 4. 4), nisi ex magna causa, uti Divus Pius rescripsit.

HERMOGENIANUS.

XIV. § 3. Si quis compulsus adierit hereditatem ex testamento, quod secundas tabulas habebat, quæsitum est, an per aditionem et secundæ tabulæ firmarentur, quod videbantur evanuisse non adita patris hereditate. Et Julianus libro quinto decimo scribit, et sequentes tabulas confirmari : quæ sententia verissima est ; nemo enim dubitat, etiam legata præstari, et libertates competere, et cetera, quæcunque sint in testamento, perinde valere, ac si sua sponte heres hereditatem adiisset.

GOVEANUS.

De sententia paragraphi hujus scripsimus ad L. *Qui plures*, 38. § *ult.*, 3. D. *De vulgari et pupillari substitutione*, 28. 6.

Ratio dubitationis illa est, quod, jure civili, testamento desti-

tuto, evanuisse secundæ tabulæ videantur. (L. *Moribus*, 2. § *Ego*, 3. D. *De vulgari*, 27. 6.)

Testamentum enim non solum qui repudiat destituit, sed qui omnino non adit ex testamento ; id quod facit, qui suspectam dicit.

Sane, si qui repudiavit adire cogatur, hactenus secundæ tabulæ suscitabuntur, ut substitutis utiles actiones demus. (d. § *Ego*, 3. L. 2. D. 38. 6.) Neque enim, uti jam scripsimus, alias consequitur, is qui repudiatam adiit hereditatem.

Ait Jureconsultus : *Et sequentes tabulæ confirmari*.... Ut ex his pupilli hereditas adiri possit.

HERMOGENIANUS.

XIV. § 4. Qui compulsus adiit hereditatem, sicuti ceteris commodis caret, ita hoc quoque casu careat, ne possit pœnitendo quartam retinere ; et ita invenio ab imperatore nostro, et Divo patre ejus rescriptum.

GOVEANUS.

Post decretum Prætoris, et aditam ex decreto hereditatem, sero voluntatem heres mutat, et velle heredem esse profitetur, ut ita quartam retineat. Quarta enim ei jure testamenti debetur. (L. *Qui duos*, 42. D. *De vulgari et pupillari substitutione*, 28. 6.) Quod, quantum in ipso fuit, destituit, qui compulsus adiit hereditatem.

Patrono aliunde quam ex testamento in bonis liberti jus est. Itaque ex debita parte institutus a liberto, quamvis coactu prætoris adeat, mutata tamen voluntate, partem eam retinere potest debitam scilicet reverentiæ patronali. (L. *Si patronus*, 20. D. *De donationibus*, 39 5.)

Sane, si antequam cogatur, voluntatem mutet institutus, aut ante conditionem cogatur, puto adhuc locum esse pœnitentiæ. (L. *Si patroni*, 55. § *Qui fideicommissam*, 2. D. *in eo.*)

Plura de sententia hujus loci scribemus ad L. *Ita tamen*, 27. § *Qui suspectam*, 2. D. *in eo.*)

HERMOGENIANUS.

XIV. § 5. Non omnis autem suspectam hereditatem repudiatione amissam cogere potest adiri, et sibi restitui, sed is de-

mum, ad quem actiones transire possunt; neque enim æquum est, ad hoc quem compelli adire hereditatem, ut emolumentum quidem hereditatis refundat, ipse vero oneribus hereditatis obstrictus relinquatur.

§ 6. Quare si fideicommissum pecuniarium alicui fuerit relictum, cessat compulsio, tametsi indemnitatis cautio offeratur.

GOVEANUS.

Qui hereditatem suspectam dixit vel repudiavit, eo demum postulante, adire compelletur hereditatem, in quem transire actiones possunt.

In eum dumtaxat transire actiones possunt ex Trebelliano, cui hereditas jussa est restitui.

Quare, qui testamento legatum, fideicommissumve pecuniarium, aut libertatem accepit, non recte cogit, ne si quidem cautionem indemnitatis offerat, cum propter cautionis lubricum, tum propter judiciorum molestiam, quibus maneret irretitus [heres], refuso hereditatis emolumento. Uti enim jam diximus, actiones tum demum ex Trebelliano transferuntur, cum hereditas in fideicommisso est, et ita restituitur uti testator jussit. Qui autem alii restituit, non ita restituit uti jussus est.

Locus igitur hic intelligendus est cum heredem, Titio rogatum restituere, legatarius vel fideicommissarius particularis, non agnoscente Titio fideicommissum, adire compellit et sibi hereditatem restituere.

Nam si heres rogatus non sit hereditatem restituere, incolorate omnino legatarius necessitatem adeundi instituto inferret.

Principium autem paragraphi sic legendum puto : « Non omnis autem suspectam hereditatem, repudiationeve amissam, cogere potest.... » — Uti enim superius ostendimus, alia sunt hereditatem suspectam dicere, et hereditatem repudiare. Idem autem utroque casu juris est.

HERMOGENIANUS.

XIV. § 7. Proinde qui hereditatem rogatur restituere, is demum compellitur restituere.

GOVEANUS.

Postulante eo, cui rogatus est restituere ; non eo qui eodem testamento aliquid accepit.

HERMOGENIANUS.

XIV. § 8. Sed et si quis bona rogatus sit, vel familiam, vel pecuniam rogetur, vel universam rem meam,

PAULUS.

Lib. II. Fideicommissorum.

XV. Vel omnia sua,

ULPIANUS.

Lib. IV. Fideicommissorum.

XVI. Pr. Cogi poterit. Hoc idem, et si patrimonium fuerit rogatus, et si facultates, et si quidquid habeo, et si censum meum, et si fortunas meas, et si substantiam meam, et si peculium meum testator dixerit, quia plerique ὑποκοριστικῶς (deminutive) patrimonium suum peculium dicunt, cogendus erit ; de successione enim sua et hic rogavit. Nec ignoro, in quibusdam ex his Mæcianum dubitare, et voluntatis esse dicere quæstionem, utrum de pecunia tantum, an et de successione testator sensit ; in ambiguo tamen magis de successione sensum dico, ne intercidat fideicommissum.

GOVEANUS.

Non refert quibus verbis fideicommissum universitatis reliquerit testator. Sive enim rem suam omnem, sive bona sua, sive censum, sive peculium, sive facultates, sive quidquid habeo, sive substantiam suam restituere rogaverit, hereditatem rogatus heres intelligitur restituere ; et recte adire compelletur et restituere, si suspectam dicat hereditatem, nisi alia mens testatoris probetur. Nam, in dubio de successione [præsumitur] rogatus heres, ne intercidat fideicommissum.

Propter quam rationem, ita dato fideicommisso : « Si sine liberis decedas, » nec appareat paterne an filius prior decesserit, filium ante patrem decessisse accipimus. (L. *Ex facto*, 17. § *Si quis autem*, 7. D. *in eo.*)

Nam in quibusdam ex his, voluntatis quæstio Mœciano videbatur, utrum de pecunia tantum et re, an etiam de successione testator sensisset. Bona enim et census et facultates dici videntur deducto ære alieno, ut bona restituere rogatus non de hereditate videri rogatus posset ; sed [de] eo quod superesset dimissis creditoribus.

ULPIANUS.

XVI. § 1. Sed et si quis ita rogaverit : « quidquid ad te ex hereditate, bonisve meis pervenerit, rogo restituas, » cogi poterit adire, et restituere hereditatem ex Trebelliano senatus consulto, quamquam « pervenire, » proprie dicatur, quod deductis oneribus ad aliquem pervenit.

GOVEANUS.

Magis in fideicommissis voluntatem testatoris quam verborum proprietatem inspicimus, si ea extinguendi fideicommissi præbeat occasionem.

Rogatus erat heres quod ad se ex hereditate pervenisset restituere. Si verbi vim propriam spectes, rogatus videri potest de restituendo quod de hereditate superesset, deductis legatis et deducto ære alieno. Id enim vere dicitur ad heredem pervenire, quod cum effectu pervenit (L. *Venditor*, 2. § *Pervenisse*, 3. D. *De hereditate vel actione vendita*, 18. 4), ac, per consequens, cogi non debere adire, si suspectam dicat. — Verum mens testatoris prævalet, et quasi de universitate rogato, sive sponte, sive coactus, hereditatem adeat, ex Trebelliano fiet restitutio, et in fideicommissarium actiones transferentur.

ULPIANUS.

XVI. § 2. Et generaliter autem potest dici, ita demum quem non posse cogi adire, et restituere hereditatem, si de re, vel quantitate fuerit rogatus ; ceterum, si de universitate sensisse testatorem appareat, nulla quæstio est, quin, sive suspectam dicat, cogi possit, sive sponte adiit, ex Trebelliano transeant actiones.

§ 3. Inde quæritur, si quis hereditatem rogatus sit restituere deducto ære alieno, vel deductis legatis, an suspectam dicens cogi possit adire, et restituere hereditatem, quia vi ipsa magis id, quod superest ex hereditate, quam ipsam hereditatem resti-

tuere sit rogatus. Et sunt, qui putent, ut Mœcianus, inutilem hanc deductionem ; nec enim posse ex jure deduci quantitatem, non magis, quam si fundum quis deducto ære alieno, vel deductis legatis, restituere sit rogatus ; neque enim recipit fundus æris alieni, vel legati minutionem. Sed Julianum existimare refert, Trebelliano senatus consulto locum esse, et ne dupliciter fideicommissarius oneretur, et quum heres æs alienum vel legatum deducit, et quum convenitur a creditoribus et legatariis, restituta sibi ex Trebelliano hereditate debere aut deductionem eum non pati ab herede, aut cavere illi heredem, defensum iri eum adversus legatarios, ceterosque.

GOVEANUS.

Quia ob fideicommissarium pecuniarium nemo adire cogitur, merito dubitabit quis, num hereditatem, deductis legatis vel ære alieno, restituere rogatus, cogi debeat adire et restituere.

Movet quod hereditas non tam in fideicommisso esse videatur, quam quod de hereditate superfuturum est heredi, oneribus hereditariis perfuncto.

Quod cum ita Celso videretur, aliter in specie hac rationem Falcidiæ posuit quam Marcellus, uti scripsimus ad L *Qui quadraginta*, 2, *in eo*.

Julianus universitatis fideicommissum putavit, quod et Marcellus probavit (L. *Marcellus*, 3. Pr. D. *in eo*) et onera hereditaria transire ipso jure ad fideicommissarium ; neque aliter passurum [fideicommissarium] heredem æs alienum, aut legata deducere, quam si ei ab herede caveatur, adversus legatarios, vel creditores, ne bis eamdem deductionem patiatur, defensum iri, cum, uti dictum est, neque a legatariis, neque a creditoribus ipso jure sit liberatus.

Ex quo intelligimus testatoris voluntatem non posse juri senatus consulti derogare ; hoc est, non posse efficere testatorem ne actiones transferantur.

Eodem modo cavet emptor hereditatis venditori, de quo scripsimus ad legem tertiam *Ad legem Falcidiam*[1].

Mœcianus æris alieni et legatorum deductionem inutilem existimabat ; quantitatem enim de quantitate, non de hereditate,

[1] *Opera*, éd. 1562, p. 173.

quæ jus est, deduci ; et de corpore corpus, non quantitatem. Itaque, fundum, deducto ære alieno, inutiliter quem rogari restituere. Neque enim quantitas minuere corpus potest ; et, ut totus fundus restituitur, quamvis, deducto ære alieno, restitui jussus sit, ita et hereditatem totam restituendam [esse], licet, ære alieno deducto, restitui eam voluerit testator.

Quod licet vere ac subtiliter dixerit Mœcianus, tamen deducto ære alieno rogatus restituere, ex voluntate testatoris æs alienum retinebit, legata retinebit ; ut, ea deductione, non minutio hereditatis, sed retentionis jus designetur.

Quod ipsum tamen non usurpat, nisi prius præstita fideicommissario cautione, uti jam diximus.

Nam, quod Accursius existimat fideicommissarium omnino pati deductionem per leg. ultimam, 8. C. *Ad senatus consultum Trebellianum*, 6. 49, valde absurdum est. — Legis enim illa est sententia etiam fideicommissorum particularium onus, ab herede relictorum, ad fideicommissarium transire. Videbantur enim ab eo qui rogatus fuerat præstanda. De quo scripsimus ad leg. 1. § *ultimo*. D. *in eo*.

ULPIANUS.

XVI. § 4. Si quis heres institutus rogatus fuerit hereditatem non totam, sed partem restituere, vel si duobus restituere sit rogatus, et alter ex his velit sibi restitui hereditatem, alter recuset, senatus censuit, utroque casu, exonerari eum qui suspectam hereditatem dicit, totamque hereditatem transire ad eum qui adire cogit.

GOVEANUS.

Heres qui coactus adit nullum ex aditione incommodum sentire debet. Itaque, si partem hereditatis dumtaxat restituere sit rogatus, non aliter adire compelletur, quam si totam hereditatem recipere velit fideicommissarius, et in totum heredem exonerare ; quamvis ea pars quæ in fideicommisso non est restitui ex Trebelliano non posse videatur.

Idem dicendum si duobus rogatus sit restituere, quorum alter sibi restitui desideret, alter recuset. Tota namque et hoc casu cogenti restituetur hereditas, ne ulla oneris pars penes heredem remaneat. (§ *Idem Mœcianus*, 9. *in hac lege*, 16. D. *in eo*. — Et L. *Ex asse*, 28. Pr. D. *in eo*.)

Idem servabitur, si alteri pure, alteri sub conditione restituere heres rogatus sit. Nam pendente conditione, tota hereditas ad alterum transibit. (L. 1. § *Sed et quotiens*, 9. D. *in eo*[1].)

Quid ergo si recusantis fideicommissarii partem retinere heres velit?— Et puto non cogendum hereditatem restituere, ne quod in heredis favorem senatus decrevit, in ejus damnum retorquatur.

ULPIANUS.

XVI. § 5. Sed et si quis non hereditatis suæ partem dimidiam rogavit heredem suum restituere, sed hereditatem Seiæ, quæ ad eum pervenerat, vel totam, vel partem ejus, heresque institutus suspectam dicat, quum placeat illud, quod Papinianus ait, ex Trebelliano transire actiones, dici poterit, si suspecta dicatur hereditas, cogendum heredem institutum adire, et restituere hereditatem, totamque hereditatem ad eum, cui restituitur, pertinere.

GOVEANUS.

Locus hic varie legitur. Ego sic legendum arbitror : « Sed si quis non hereditatis suæ partem dumtaxat rogavit heredem suum restituere, sed et Seiæ hereditatem, quæ ad eum pervenerat...[2]. »

Sententiam hanc habet. — In proximo superiori paragrapho, heres hereditatis partem restituit, quam non erat restituere rogatus. Restituit autem ex decreto senatus, qui eo casu existimavit æquum heredem in totum exonerari. Nam pars quæ in fideicommisso non erat, non poterat ex Trebelliano restitui, quod ad eas hereditates pertinere constat quæ jussæ sunt restitui.

Nunc docet in hoc fideicommisso : « *Rogo ut partem hereditatis meæ, et Seiæ hereditatem quæ ad te pervenit, restituas*, » si suspecta dicatur hereditas, totam ex Trebelliano restitui. Totam namque in fideicommisso videri, propterea quod alterius partis locum Seiæ hereditas teneat. Neque enim de Seiæ hereditate amplius heres restituit, quam in ea parte est quam retinet. Cum igitur suspectam testatoris hereditatem dicat, neque Seiæ hereditatem restituat, quasi de utraque parte restituenda rogatus,

[1] Cf. l. 28. Pr. D. *in eo*. E.C.

[2] Quæ lectio vulgatæ est. E. C.

totam testatoris hereditatem restituet, neque senatus decreto opus est heredi ut exoneretur.

Quæro quid juris sit, si heres Seiæ dumtaxat hereditatem quæ ad ipsum pervenerat rogetur restituere. Et de quæstione hac dicemus ad § sequentem 6, et ad L. *Ita*, 27. § *Trebellianum*, 28. D. *in eo*.

Quæro quid juris sit, si heres sic rogetur : « *Rogo ut partem hereditatis meæ restituas, et hereditatem Seiæ quæ ad me pervenit.* » Et magis est ut non rogari heres sic possit. Neque enim hereditas Seiæ separari a testatoris hereditate potest, posteaquam acquisita a testatore est. Nam antea, non potest in fideicommissum a testatore deduci.

Accursii ad hunc locum nugas prætermitto.

ULPIANUS.

XVI. § 6 [1]. Sed et si miles rogaverit quem res italicas restituere, vel res provinciales, dicendum est, suspectam dicentem, cogi adire et restituere ; nam, ut eleganter Mæcianus libro sexto Fideicommissorum ait, qua ratione excepta re miles heredem instituere potest, actionesque ei dabuntur, pari ratione etiam ex Trebelliano transibunt actiones. Et quamvis placeat, quum quis hereditatem bonaque, quæ sibi ab aliquo obvenerunt, vel quæ in aliqua regione habet, restituere rogat, ex Trebelliano non transeant actiones, tamen contra responderi in militis testamento ait. Nam, sicuti concessum est, inquit, militibus circa institutionem, separare species bonorum, ita et si per fideicommissum ab institutis heredibus id fecerit, admitteretur Trebellianum senatus consultum.

COVEANUS.

Miles heredem Titium ex asse instituit, et rogavit ut res italicas, vel provinciales, denique certas res restitueret.

Videbatur pecuniarium, non universitatis fideicommissum, ac proinde heredem suspectam dicentem [hereditatem], cogi adire non oportere.

Verum Mæcianus eadem ratione actiones hoc casu transire existimavit, qua a milite heres institutus ex certa re, actiones

[1] Ad hunc locum cf. Pellat, *Textes expliqués*, Paris, 1859, p. 354 et seq. E. C.

habet quæ ratione rei competunt. — Exempli causa. Miles ex rebus provincialibus me heredem instituit, te ex rebus italicis; vel me ex rebus castrensibus, te vero ex cæteris; vel me ex fundo, [te ex mobilibus]; non dubitabatur quin actiones quæ harum rerum nomine competunt una cum rebus ad nos transeant. Itaque æs alienum quod in castris contraxit miles, ipso jure debebit qui in rebus castrensibus institutus est (L. *Si certarum*, 17. § *Julianus*, 1. D. *De militis testamento*, 29. 1); idem de fundi pensionibus a colono debitis; eas namque petet, qui ex fundo institutus est.

Quid ergo si, non ex asse, sed ex certis rebus heres sim a milite institutus, easque res rogatus restituere, suspectam dicam militis hereditatem? — Et dicendum est recte me cogi adire, eadem ratione qua qui heres institutus a milite, certas res rogatur restituere.

Idem dicendum, si ex certa re institutus a milite, eam restituere rogetur, ut, suspectam dicens hereditatem, adire cogatur, cum actiones transferantur.

Ait Jureconsultus : « *Et quamvis placeat...* » Non est ex jure communi militis privilegium censendum et existimandum. Itaque, quamvis rogatus hereditatem, bonave quæ ab aliquo testatori obvenerunt, vel quæ in aliqua regione testator habebat, restituere, non de hereditate rogatus videatur, sed de specie bonorum una aliqua; tamen de militis testamento aliud dicendum, cui licet bonorum species separare, ut plures unius hominis videantur esse hereditates. (d. L. *Si certarum*, 17. § 1. D. *De militis testamento*, 29. 1.)

Male Pandectæ Florentinæ hoc loco habent : *Rogatur*; et de sententia loci hujus plane scribemus ad L. *Si patroni*, 55. § *Cui Titiana*, 4. D. *in eo*.

Si heres rogetur hereditatem quæ ad ipsum pervenit restituere, constat non esse Trebelliano locum. (L. *Ita tamen*, 27, § *Trebellianum*, 8. D. *in eo.*)

ULPIANUS.

XVI. § 7. Quum quidam duos heredes instituerit, eosque invicem substituerit, et ab his petierit, sive uterque, sive alter heres esset, ut hereditas sua ex parte dimidia restitueretur alicui post quinquennium, et scripti suspectam sibi hereditatem

dicant, fideicommissarius autem desideret, suo periculo adiri hereditatem, censuit senatus, ambos heredes, alterumve cogi adire hereditatem, et fideicommissario eam restituere, ita ut fideicommissario, et adversus eum actiones competant, quasi ex Trebelliano restituta hereditate.

COVEANUS.

Cum heres institutus ita rogatur restituere : « *Si heres erit,* » pure datum fideicommissum intelligitur. Nam conditiones quæ insunt, si exprimantur, non faciunt fideicommissum conditionale. — Si enim ita a posthumo legetur : « *Si heres erit,* » substituti, qui, non nato posthumo, adeunt, legata debent quæ ille, si viveret, debiturus erat. (L. *Ab exheredati*, 126. § *ult.* 1. D. *De legatis*, 1° 30.)

Duo igitur heredes ita rogati restituere : « *si uterque alterve heres erit,* » utique adire cogentur, vel si ambo vivant, vel superstes, si alter decesserit. Cum uterque rogatus sit, non est quod alter solus cogatur, si cogi uterque possit. (L. *Apud*, 11. § 1. D. *in eo.*)

Nihil autem interest an statim, aut post certum tempus rogati sint restituere. Quæ enim certam diem habent solvi ante possunt, quia certum est debitum iri. (L. 1. § 1. D. *De conditionibus et demonstrationibus*, 35. 1.) De quo scripsimus ad L. *Sed et si*, 10. D. *in eo.*

Neque movet quod partem dumtaxat hereditatis restituere rogati proponuntur. Nam, eo casu, senatus censuit restitutionem ita fieri ac si pars utraque in fideicommisso esset. In quo et fideicommissario et heredi consuluit. Hunc enim exoneravit ; illi fideicommissum conservavit, heredem ad restitutionem compellendo.

ULPIANUS.

XVI. § 8. Mæcianus scribit : Quum quis ex fideicommissariis abesset, et præsentes desiderent suo periculo adire hereditatem, translatisque in solidum actionibus in eum, qui coegit, absentes, si velint fideicommissum suscipere, a præsente petent. Consequentur ait, nec quartam eum retenturum adversus fideicommissarios suos, quia nec heres potuit.

GOVEANUS.

Unus ex fideicommissariis, ceteris cessantibus, recte postulat hereditatem suo periculo adiri, et, ex senatus consulto, in totum heres exoneratur. Quo fit ut ab herede ceteri fideicommissum non petant, sed ab eo qui coegit, nec aliter actiones transferentur quam transferuntur herede restituente. L. 1. § *Sed et quoties*, 9. D. *in eo*. — Translatis actionibus ex senatus consulto ni eum qui coegit, quasi dumtaxat pro sua parte esset consecutus, ex Trebelliano fideicommissariis non restitueret.

Licet autem is qui coegit in solidum actiones consequatur, jus tamen heredis sponte adeuntis non usurpat, nec adversus fideicommissarios Falcidia utitur, cujus beneficium amisit qui coactus adiit. (L. *Ex asse*, 28. § 2. D. h. t.) Heredis enim, non fideicommissarii causa Falcidia lata est, et a senatu in fideicommissariis hereditatibus inducta.

Fructus sane medii temporis retinebit, si aliorum fideicommissa, vel in diem, vel in conditionem collata fuerint. (D. L. *Ex asse*, 28. Pr. D. *in eo*.)

Quæro, si ultra dodrantem legata ab herede data sint, quomodo præstentur ab eo qui universam hereditatem recepit, cum suspecta diceretur. — Et Jureconsultus, in L. *Si patroni*, 55. § *Qui fideicommissam*, 2. D. *in eo*, scribit fideicommissarium Falcidiam retenturum, quia ex persona heredis conveniatur, licet fideicommissario secundo quartam non detrahat, a quo proprio nomine convenitur. De quo plura dicemus ad dictum § *Fideicommissam*, 2. L. 55, *in eo*.

ULPIANUS.

XVI. § 9. Idem Mæcianus quærit, an is, qui duobus vel pluribus rogatus est restituere hereditatem, cogente aliquo adire possit, et in horum, qui id non desideraverunt, portionibus Falcidiæ beneficio uti, sive ipsi quoque desiderent sibi restitui, sive alius in locum eorum successerit. Et quum hodie hoc jure utimur, ut totum transeat ad eum qui coegit, consequens erit dicere quartæ retentionem amisisse eum, qui coactus est, quia in solidum actiones transierint in eum, qui coegit. Plane si proponas, fideicommissarium non ita coegisse, ut tota hereditas in se transfera-

tur, quum cœperint ceteri desiderare, sibi restitui hereditatem, dicendum, Falcidia eum uti posse. Recte igitur Mæcianus ait, multum interesse, utrum totam restitui hereditatem sibi fideicommissarius desideravit, an suam tantummodo partem; nam, si sola pars transfertur, in residuo Falcidiæ erit locus; si tota hereditas translata sit, cessat hujus legis beneficium.

GOVEANUS.

Heres rogatus restituere duobus, cum suspectam hereditatem diceret, ab altero adire coactus est. Cum ex senatus consulto hereditas universa restituatur, et in totum heres exoneretur, quartæ retentionem amisit, etiam pro parte ejus a quo coactus non est.

Qui, si partem suam petere cœperit antequam tota alteri restituatur hereditas, in sua portione Falcidiam patietur, cujus beneficium dumtaxat amittit heres a quo adire cogitur in totum, si totam ei hereditatem restituit, altero petere cessante.

Idem dicendum, si alterius fideicommissarii successores cœperint partem fideicommissi desiderare, antequam tota hereditas restitueretur ei qui coegerat. Nam et ipsis Falcidiam in eorum portione heres detrahet.

Ad successores autem petitionem fideicommissi transmitti constat, si fideicommissarius post diem fideicommissi cedentem decessit. Sane si ante decedat, apud rogatum manet fideicommissum. (L. *Julianus*, 60. D. *De legatis*, 2° 31 [L. *Si quis Titio*, 17. Pr. D. *De legatis*, 2° 31]), [1] nisi cum rogatus suspectam dixit.

ULPIANUS.

XVI. § 10. Si servo duorum rogatus quis sit restituere hereditatem, et alter cogere velit suspectam dicentem, alter restituere sibi recuset, hoc erit dicendum, quod in duobus, quorum alter suscipere voluit hereditatem, alter non.

GOVEANUS.

Servo communi instituto, si alter dominorum hereditatem [desideret] adiri, alter fideicommissum recuset, is qui cogit in totum

[1] Ms. « L. pr. § *Tusculanus*. De leg. 3°. »

heredem exonerat, totamque hereditatem recipit, non secus atque si ipsis dominis hereditas jussa esset restitui.

Si enim servi persona spectetur, expediri res non potest; nec enim partim agnoscere, partim recusare fideicommissum potest.

Sane interdum servi persona spectatur. Pone enim servum communem institutum, et ei Sempronium substitutum, et alterum duorum hereditatem repudiare. Constat locum fieri substituto. (L. *Servum communem*, 48. Pr. D. *De vulgari*, 28. 6.) Quod non fieret, si ipsi domini instituti intelligerentur.

Quæro quam ob rem recusantis portio apud heredem non remaneat; et respondeo eum qui suspectam dicit hereditatem nihil ex testamento consequi oportere. Alioquin, apud rogatum fideicommissum relinqueretur.

ULPIANUS.

XVI. § 11. Si pater filio, quem in potestate habet, rogetur restituere hereditatem, an filius patrem suum, si suspectam dicat hereditatem, cogere possit? Et non est dubium, patrem a filio per Prætorem cogi posse.

§ 12. Sed etsi id fideicommissum ad castrense peculium spectaturum est, et filius familias is fuit, qui munus militiæ sustinebat, aliove quo officio præerat, multo magis dicendum erit, posse eum postulare, ut pater suus cogatur adire, et restituere hereditatem, quamvis contra obsequium patri debitum videtur id desideraturus.

§ 13. Sed si servo suo rogatus sit cum libertate quis hereditatem restituere, sive directa data sit libertas, sive fideicommissaria, dici poterit, eum a servo suo non posse cogi adire hereditatem, quamvis, si sponte adiisset, cogeretur præstare fideicommissariam libertatem, et hereditatem; idque Mæcianus libro septimo de fideicommissis scribit.

§ 14. Idem quærit, si quis paratus sit domino cavere de indemnitate, an possit cogi adire hereditatem, maxime et si pretium servi offeratur. Et recte ait, non oportere sub incerto cautionis committere se aditioni hereditatis.

GOVEANUS.

Filius meus, heres institutus, repudians sibi delatam heredi-

tatem, mihi non nocet, eumque potero jubere adire. Ac, e contrario, ego hereditatem filio delatam repudians, non nocebo, poteritque filius, adeundo repudiatam a me hereditatem, sibi acquirere. (L. *Qui in aliena*, 6. § *ult.* 7. D. *De acquirenda vel omittenda hereditate*, 29. 2.) Nam per filium pater, non nisi volens, acquirit; quod si nolit, non obstat filio quominus is sibi acquirat.

Aliud in servo juris est, cui domini repudiationem nocere constat. (L. 1. § *Per servum*, 3. D. *De successorio edicto*, 38. 9.)

Diversitatis hujus ratio illa videtur, quod filius familias integra persona sit, servus pro nullo habeatur.

Quo fit ut, si dominus servo hereditatem restituere rogetur (rogari enim potest sub illa conditione : cum libertatem servus erit consecutus, L. *Quidam ita*, 25. § *Si servo*, 1. D. *in eo*, de quo scripsimus ad leg. 1, *in eo*), si, inquam, servo hereditatem restituere rogetur proprio, et suspectam hereditatem dicat, a servo cogi non potest, etiamsi domino cavere servus paratus sit. Iniquum enim est dominum sub incerto et lubrico [cautionis][1] a servo cogi adire. Quid enim si labatur fidejussor facultatibus?

Sane, si dominus postea adeat, libertatem fideicommissariam servo dare cogetur, et hereditatem restituere.

Servus autem hereditarius recte heredem coget adire et restituere. (L. *Mulier*, 22. § *Non est dubitandum*, 1. D. *in eo.*)

Aliud in filio juris est. Recte enim patrem in cujus potestate est per Prætorem coget adire, sibique restituere. Neque enim quidquam patri per restitutionem acquiritur, propter eam causam quam superius diximus.

Quærit Accursius an in peculium filius habeat hereditatem; et ait quosdam ita existimare. — Mihi secus videtur. Fratribus enim, mortuo patre, hereditatem conferret. (L. *Filiæ*. C. *De collationibus*, 6. 20. L. 1. D. *in eo.*) Absurdum enim videtur id conferri fratribus quod patri non acquiritur.

Multo autem magis aditionis filius et restitutionis necessitatem patri imponet, si in militia et militiæ occasione fideicommissum meruerit; hoc est, si fideicommissum ad peculium castrense spectaturum est. — Nam, et si maxime sponte pater hereditatem adiisset, tamen recte ab eo fideicommissum pete-

[1] Ms : « conditionis. »

tur. Lis enim de peculio castrensi inter patrem et filium esse potest. (L. *Lis nulla*, 4. D. *De judiciis*, 5. 1.) Quod secus est in peculio adventitio.

Quæro si pater rogetur simpliciter filio hereditatem restituere, possit ne pater cogi. Et constat inutile esse ejusmodi fideicommissum, uti scripsimus ad L. *Cum filiofamilias*, 11. D. *De legatis*, 1° 30[1], et ad L. 1. D. *in eo*, et scribemus ad L. *Ubi pure*, 19. Pr. D. *in eo*. Inutilis autem fideicommissi causa, et quod heres non præstaret, si sponte adivisset, cogi heredem non oportet. — Neque obstat L. *Ille a quo*, 13, § *Si de testamento*, 2. D. *in eo*. Qui locus quemadmodum exponi debeat dictum a nobis est.

Ait Jureconsultus : « *Sive directa data sit libertas...* » Servo heredis mei libertatem dare non possum. (L. *Servo tuo*, 9. C. *De testamentaria manumissione*, 7. 2.) Quare cum de heredis servo loquatur Jureconsultus, non est dubitandum quin tollenda illa verba sint de contextu. Nam, nec illud dici potest : directam libertatem ad causam fideicommissi trahi. (L. *Si servus*, 108. § *Si servus alienus*, 9. D. *De legatis*, 1° 30.) Neque vero ullo colore servus heredis, a testatore directe manumissus, postularet dominum cogi, cum ei libertas inutiliter data esset.

Verbum item illud « *spectat* » sic emendandum est : « *spectaturum est.* » Ita habent Pandectæ florentinæ et codices manuscripti[2].

ULPIANUS.

XVI. § 15. Hi qui solidum capere non possunt, ex asse heredes instituti, et rogati instituere solidum, adire hereditatem et restituere cogentur, quum nihil oneris apud eos remansurum sit.

GOVEANUS.

Quæ personæ solidum capere non possint, scripsimus ad L. *Is qui*, 22. D. *De vulgari*, 28. 6.

Ratio dubitationis in proposito illa esse videtur, quod qui solidum capere non potest videtur non posse solidum restituere, ita ut in solidum actiones transferat. Nemo enim restituit nisi quod capit.

Verum cum ex senatus consulto in totum exoneretur heres

[1] Lect. Var. lib. II, cap. 32, éd. 1766. Van-Vaassen, p. 221. E. C.

[2] Hæc emendatio fere in omnibus libris nunc reperitur. E. C.

qui solidum capere non potest, ex asse institutus, causam nullam habet recusandi apud quem nihil oneris remansurum est (sic enim lego, non « *honoris*, » uti Accursius legit), ne pro ea quidem parte quam non videbatur posse restituere ex Trebelliano, cum eam caperet.

ULPIANUS.

XVI. § 16. Si ego heres institutus, et rogatus sim Stichum manumittere, vel alius legatarius, fidei autem meæ commissum sit, ut Titio hereditatem restituam, deinde Titii fidei commissum sit, ut Sticho eamdem redderet, Stichus cogere me potest adire et restituere hereditatem.

GOVEANUS.

Si ego heres institutus, rogatus sum Stichum servum manumittere hereditarium, et ei hereditatem restituere, suspectam dicentem recte servus coget adire. (L. *Mulier*, 22. § *Non est dubitatum*, 1. D. *in eo.*) Aditam namque hereditatem habeo cui restituam, si libertati moram non fecero.

Quod si Stichus legatus sit, et legatarius rogatus sit Stichum manumittere, et ego Sticho manumisso hereditatem restituere, Stichus me non recte cogit. Potest namque Stichus, adita a me hereditate, dum ad libertatem a legatario perducitur, inter moras decedere, hereditate non recepta, et, per consequens, me non exonerato. (L. *Non est cogendus*, 53. D. *in eo.*)

Quo tamen casu, potest dici mihi ex Divi Pii constitutione succurrendum esse[1] [L. *Apud Julianum*, 11. § *ult.* 2. D. *in eo*] in qua ex legato pendebat libertas; nisi quis dicat, Divum Pium propterea decrevisse ut heres institutus adire cogeretur, quamvis ex legato libertas penderet, quod certum erat matrem nullam moram filiæ facturam libertati, quemadmodum eo loco scripsimus.

Sed ponamus Stichum legatum; legatarium rogatum Stichum manumittere; me Sempronio rogatum hereditatem restituere; Sempronium autem ipsi Sticho. Videndum est num Stichus me recte cogat. — Et verius est recte cogere, adjuncta Sempronii persona. Habeo enim cui statim restituam : Sempronium videlicet priorem fideicommissarium.

[1] Ms. « *Recusare*, § ult. *in eo.* »

Sed quid si Sempronius petere recuset? Poterit ne Stichus recte me cogere? Et puto non posse, cum ex legato pendeat libertas, quamvis regulariter, priore recusante fideicommissario, petere secundus recte possit. (L. *Si patrem*, 55. § *Qui fideicommissam*, 2. D. *in eo.*)

Ait Jureconsultus : « Stichus cogere potest... » Posterior fideicommissarius dicitur cogere, licet prior desideret cogi, quod prior per se cogere non potest. (d. § *Qui fideicommissam*, D. in L. 55. *In eo.*)

ULPIANUS.

XVI. § 17. Talis quoque casus a Divo Pio terminatus est; nam servo uni ex heredibus legato, per fideicommissum erat ab eo libertas data, et ab altero hereditas. Divus etenim Pius rescripsit Cassio Dextro in hæc verba : « Hermias si Moscho Theodoto ex parte heredi instituto a Pamphilo testatore legatus est, eumque Theodotus, postquam adierit hereditatem, priusquam a cohedere ejusdem Pamphili adiretur hereditas, ad justam libertatem perduxit et ob hoc in eum casum res perducta est, ut is, qui legavit, intestatus esse non possit, Hermia postulante mihi id Evaristus compellendus est, periculo ejus adire, et ex causa fideicommissi hereditatem restituere. »

GOVEANUS.

Pamphilus Symmachum Theodotum ex parte heredem instituit ; Titum Evaristum ex altera parte. Theodoto Hermiam legavit, eumque rogavit ut Hermiam manumitteret. Titum Evaristum rogavit ut hereditatem Hermiæ restitueret.

Dico : Si uterque sponte adeat hereditatem, Hermiam libertatem et hereditatem consecuturum ;— si neuter adire velit, succurri Hermiæ per prætorem non posse ; quia neque Symmachus propter solam libertatem compellitur adire, neque Titus propter eum qui nondum liber est. (L. *Si res aliena*, 52. § 1. D *in eo.*)

Si Symmachus repudiet hereditatem, cum Titus et libertatis et hereditatis debitor sit, adire cogetur et restituere. (d. L. *Si res aliena*, 52. § 1. D. *in eo.*)

Si vero Symmachus hereditatem adeat, et Hermiam ad libertatem perducat, recte Titum adire Hermias coget.

Ratio dubitationis illa erat, quod Hermias Symmacho legatus

erat, et Hermiæ partem a Tito Symmachus capere debebat. Itaque videbatur expectare debuisse Titi aditionem, neque ante Hermiam ad libertatem perducere potuisse.

Verum aliter se res habet. Adita namque hereditate a Symmacho, pro parte certum est non posse patrem familias intestatum decedere, ac, per consequens, libertatem debitum iri certum est, sive Titus adeat, sive non adeat. (Facit L. *Qui fundum*, 87. § *Si tu*, 3. D. *Ad Legem Falcidiam*, 35. 2.) — Non potest igitur Titus Hermiam aspernari, quasi injustum compulsorem.

Quæro quamobrem necesse sit Titum cogi adire, cum, eo non adeunte, Symmachus deficientem portionem cum suo onere consequatur. Et magis est ex Trebelliano eum qui rogatus est restituere oportere.

ULPIANUS.

Lib. II. Fideicommissorum.

XVII. Pr. Ex facto tractatum est, an per fideicommissum rogari quis possit, ut aliquem heredem faciat. Et Senatus censuit, rogari quidem quem, ut aliquem heredem faciat, non posse; verum videri per hoc rogasse, ut hereditatem suam ei restituat, id est, quidquid ex hereditate sua consecutus est, ut ei restitueret.

§ 1. Julianus quoque, libro quadragesimo Digestorum, fideicommissum tale valere ait : « Fidei tuæ committo, ut hereditatem Titii restituas, » quum esset is, qui rogatus est, a Titio heres institutus.

§ 2. Non tantum autem, si heredem quem scripsero, potero rogare ut heredem faciat aliquem, verum etiam si legatum illi, vel quid aliud reliquero ; nam hactenus erunt obligati, quatenus quid ad eos pervenit.

GOVEANUS.

Nemo cuiquam heredem dat, nisi filio impuberi, idque moribus receptum est, non ratione juris, uti scripsimus ad titulum *De vulgari*. Neque enim de re mea alii quam mihi disponere lex permittit duodecim Tabularum. — Neque solum heredem alii dare non possum, sed ne rogare quidem possum quemquam ut alium heredem faciat (L. *Filius familias*, 114. § *Ut quis*, 6. D. *De legatis*, 1° 30), cum ex aliena voluntate pendere [non]

debeat heredis institutio, neque obliqua via facere possim, quod recta via non possum.

Verum, quoniam in fideicommissis voluntas præcipue spectatur, Senatus censuit, si quis suum heredem roget, ut alium heredem instituat, ita hoc fideicommissum accipiendum, quasi rogasset de hereditate sua restituenda, hoc est, de restituendo omnino quod ad eum ex sua hereditate pervenisset.

Nec enim hereditatis est fideicommissum, sed pecuniarium, neque ex Trebelliano transferuntur actiones, non magis quam si heres de certa hereditatis suæ portione restituenda rogatus esset.

Cui sententiæ consequens est, ut heres, suspectam dicens, cogi non possit. (L. *Ita tamen*, 27. § *Trebellianum*, 8. D. *in eo.*)

Ridicule notat hoc loco Accursius verba directa trahi ad fideicommissi causam [1]. Neque enim verba directa sunt : « *Rogo ut illum heredem facias.* » Illud notasse debuit in civili scripturâ sententiam civilem Senatum dedisse (?).

Porro autem, non solum heredem rogare possum ut alium heredem faciat, verum etiam eum cui legatum, vel aliquid aliud reliqui. Sed in fideicommissum, id tantum veniet quod a me accepit.

Aliud dicendum, si, accepta quantitate, rogatus sit legatarius rem propriam restituere. Non enim erit audiendus, si, legato percepto, velit computare. Alioquin, offerendo quod accepit, liberaretur. (L. *Imperator*, 70. Pr. D. *De legatis*, 2° 31.)

Quod si, ut in legato, ita quoque in fideicommisso quantitas sit, admittitur computatio. (d. L. *Imperator*, 70.)

Quamvis autem heredem alium facere rogatus, ad id non obligetur quod rogatus est, tamen defungi eum onere suo constat, si voluntati pareat fideicommittentis.

Sed pone institutum abs te ex semisse, rogatum dare liberis suis filium tuum pro virili coheredem, et in virili portione minus esse quam abs te acceperit; et constat ab eo nihil amplius peti posse.

Quod si plus in virili sit, fructuum quoque ratio habebitur

[1] « Verba directa, quæ jure directo valere non possunt, trahuntur ad fideicommissum. Bartolus. » — *Infortiatum*, Paris, 1576, p. 1610. E. C.

quos ex semisse suo percepit heres, vel potuit percepisse. (d. L. *Imperator*, 70. § *Cum quidam*, 2. D. *De legatis*, 2° 31.)

Si fructus nulli sint, ad quantitatem semissis consistet fideicommissum, quemadmodum cum quantitas legatur, et restitui jubetur.

ULPIANUS.

XVII. § 3. Si quis caverit : « Peto, ut illi des ; » aut « illi fideicommissum relinquas ; » aut « illi libertatem adscribas, » admittenda sunt. Nam quum in heredum institutione Senatus censuit utile, de ceteris quoque idem erit accipiendum.

GOVEANUS.

Quemadmodum heredis institutio non pendet ex aliena voluntate, neque legatum, neque fideicommissum, neque libertatis datio. Inutiliter itaque me rogas ut illi legem ; inutiliter me rogas ut illi fideicommissum relinquam ; inutiliter me rogas ut illi libertatem adscribam, quamvis utiliter a me [legatum][1], fideicommissum aut libertatem relinquas.

Verum, cum senatus institutionis fideicommissum utile indicaverit, et hæc quoque admittenda sunt, ut rogatus illi dare, seu legare (pro eodem namque ista dicuntur, ut notavimus ad legem 1. D. *Ad legem Falcidiam*), vel rogatus fideicommissum relinquere, vel libertatem ascribere rogatus, intelligitur restituere, vel manumittere.

Quemadmodum autem nemo me rogare potest ut fundum illi legem, ita in alterius arbitrium inutiliter legatum confert hoc modo : *Si Titius velit, Sempronio lego* (L. 1. D. *De legatis*, 2° 31), licet in conditionem quæ in alterius arbitrio est conferatur hoc modo : *Si Titius Capitolium ascenderit*.

Quod si ita leges : *Arbitrio tutoris, arbitrio Titii*, utile legatum est. Nam boni viri arbitrium legato injectum neque moram, neque conditionem affert, quum certam quantitatem exprimat legati, pro viribus videlicet patrimonii. (d. L. 1. § 1. D. *De legatis*, 2° 31.) Ita et certam dotem facit soceri arbitrium adjectum. (L. *Cum post*. 69. § *Gener*. 4. D. *De jure dotium*, 23. 3.)

Ut autem illud obiter dicam, in d. L. 1. § 1. D. *De legatis*, 2° 31, semper legendum putavi : « *A pupillo sive pupilla*. »

[1] Ms. « leges. »

Sane in legatarii voluntatem sic recte confertur legatum, « *Si velit*, » adeo ut si ante decedat quam voluntatem suam declaret, legati petitionem non transmittit. (L. *Si ita*, 69. D. *De conditionibus et demonstrationibus*, 35. 1. L. *Si ita*, 65. § 1. D. *De legatis*, 1° 30.)

ULPIANUS.

XVII. § 4. Si quis rogatus fuerit, ut, si sine liberis decesserit, restituat hereditatem, Papinianus libro octavo *Responsorum* scribit, etiam naturalem filium efficere ut deficiat conditio, et in libertino, eodem conliberto hoc scribit. Mihi autem, quod ad naturales liberos attinet, voluntatis quæstio videbitur esse, de qualibus liberis testator senserit; sed hoc ex dignitate; et ex voluntate, et ex conditione ejus qui fideicommisit, accipiendum erit.

GOVEANUS.

Herede ita rogato : Si sine liberis decesserit, liberi suscepti, nisi patri supervixerunt, non extinguunt conditionem.

Aliud dicendum ita dato fideicommisso : « *Si liberos non educaveris.* » (L. *Heredibus*, 77. Pr. D. *in eo*[1].)

Quæro num, relicta uxore prægnante, fideicommissum debeatur.

Quæro num [rogato] filio restituere post mortem, conditio ista inesse videatur : « *Si sine liberis.* »

Quæro num liberi naturales conditionem cessare faciant; quæ propria loci hujus quæstio est.

Quæro postremo, sint ne in conditione dumtaxat liberi, non etiam in dispositione.

Ad primum respondeo : Relicta uxore prægnante, extinctam esse conditionem, si modo vivum pariat. (L. *Is cui*, 18. D. *Quando dies legatorum cedat*, 36. 2.) De quo dicemus ad L. *Sed et si ad tempus*, 20. D. *in eo*.

Ad secundum respondeo : Subesse conditionem istam, filio, vel nepote, vel pronepote, vel aliis deinceps personis rogatis hereditatem post mortem restituere. (L. *Cum filius*, 113. D. *De conditionibus et demonstrationibus*, 35. 1. L. *Cum acutissimi*, 30. C. *De fideicommissis*, 6. 42.)

[1] Pothier, *Pandectæ*, 35, I, num. 200; éd. 1749, II, p. 489, 1. E. C.

Pure autem vel in diem filio rogato, vel filia etiam post mortem, puto non subesse conditionem.

Qui enim filium pure rogat, vel in diem, hereditatem restituere, non anteponit filium fideicommissario. Neque filiæ posteritas, quæ patri non parit, sed marito, præferri debet fideicommissario.

Nam filio instituto rogato post mortem restituere, ea creditur conditio ista subesse, ne pater videatur alias successiones propriis anteponere. (d. L. *Cum acutissimi*, 30. C. *De fideicommissis*, 6. 42.) Quæ ratio in filiabus cessat.

Ad tertium respondeo : Liberos naturales superstites patri conditionem istam extinguere, hoc est susceptos in servitute vel ex concubina. (L. *Cum pater*, 77. § *Volo*, 13. L. *Lucius Titius*, 88. § *Damæ*, 12. D. *De legatis*, 2° 31. L. *Filius familias*, 114. § *Quum erit*, 13. D. *De legatis*, 1° 30.)

Nam ex incesto et damnato coïtu susceptos fideicommissario obesse non puto, neque eos item qui servitutem serviunt. Hi enim filii naturales sunt, non liberi naturales.

Adoptivi sane cessare non faciunt conditionem ; neque enim adoptionis commentum obesse debet fideicommissario. (L. *Fideicommissum*, 76. D. *De conditionibus et demonstrationibus*, 35. 1.)

Verum, hoc quod dicimus, etiam naturales liberos extinguere fideicommissi conditionem, voluntatis quæstionem recipit : de qua judex ex voluntate et conditione testatoris statuet.

Si enim homo libertinus ita fideicommissum relinquat, verisimile est eum de naturalibus quoque filiis heredis cogitasse.

Si senator aut alia præditus dignitate, non facile credet judex de aliis eum quam justis heredis liberis cogitasse, nisi mihi proponas a senatore liberum hominem heredem institutum, cui liberi sint in servitute suscepti, simul cum patre manumissi. Ii namque ex voluntate testatoris facient cessare conditionem : « si sine liberis. » In qua specie respondit Papinianus in d. § *Damæ*. [12. L. 88. D. *De legatis*, 2° 31.] Neque huic sententiæ dignitas obstabit testatoris, cujus quæ fuerit voluntas apparet.

Cum igitur voluntas testatoris in re hac exquiratur dignitatis et voluntatis argumentis, non in conditione solum positi liberi videbuntur, verum et in dispositione. Quæ erat postrema quæs-

tio. In quo enim dignitas testatoris lædítur, si ad liberos testatoris fideicommissum non pertinet?

Adjuvat hanc sententiam d. L. *Cum pater*, 77. § *Volo*, 13. D. *De legatis*, 2° 21, in qua Papinianus scribit liberos heredis rogati naturales excludere fideicommissarium. Quomodo autem excludent si ad fideicommissum non admittuntur (?). — Adjuvat et L. *Lucius*, 85. D. *De heredibus instituendis*, 28. 5, in qua testator fratri instituto substituerat libertum, si frater liberos non reliquisset. Non solum fratrem sed et ejus liberos prætulisse substituto dicitur. — Adjuvat postremo L. 1. C. *De pactis*, 2. 3, in qua non video quid dubitetur, si dumtaxat liberi in conditione sint.

Neque movet quod pater filiis restituere non rogatur. Nam, quocumque modo voluntas testatoris agnoscatur, fideicommissum valet.

ULPIANUS.

XVII. § 5. Ex facto tractatum memini : rogaverat quædam mulier filium suum, ut, si sine liberis decessisset, restitueret hereditatem fratri suo; is postea deportatus in insula liberos susceperat; quærebatur igitur an fideicommissi conditio defecisset. Nos igitur hoc dicemus, conceptos quidem ante deportationem, licet postea edantur, efficere ut conditio deficiat; post deportationem vero susceptos quasi ab alio, non prodesse, maxime quum etiam bona cum sua quodammodo causa fisco sint vindicanda.

GOVEANUS.

Titia, cum haberet filios duos, utrumque heredem instituit, et alterum rogavit, ut, si sine liberis decederet, fratri hereditatem restitueret. Is in insulam deportatus est, et ejus bona fiscus vindicavit, ac, post deportationem liberis susceptis, in exilio decessit.

Quærebatur num liberi post deportationem suscepti extinguerent fideicommissi conditionem; hoc est: quærebatur num fiscus, qui cum sua causa deportati bona vindicaverat, post mortem testatoris, restituere liberis bona deberet, an fideicommissario, an vero ipse retinere.

Qua in quæstione, distinctio illa admissa est, ut liberi concepti

post deportationem, quasi ab alio concepti, hoc est a capite minuto, conditionem non extinguerent, et, post mortem deportati (nec enim ante dies fideicommissi cedit. L. *Cum pater*, 77. § *Hereditatem*, 4. D. *De legatis*, 2° 31), fiscus fideicommissario bona restitueret, quæ cum sua causa, uti jam diximus, vindicaverat; filiis vero deportati conceptis ante deportationem superstitibus bona redderet, mortuo patre. Concepti enim pro natis habentur, maxime cum de eorum commodis agitur, ut in proposito. (L. *Qui in utero*, 7. D. *De statu hominum*, 1. 5.)

Quod si quis neget filios in dispositione esse, ac in conditione tantum esse putet, adhuc tamen dicendum est conceptos ante deportationem fisco prodesse ad excludendum fideicommissarium.

De quæstione quam tractat Accursius, num deportatus pro mortuo habeatur, dicemus ad paragraphum sequentem.

Illud prætereundum non est ubi Accursius legit : « *Patri suo*[1], » Pandectas Florentinas et veteres omnes habere « *Fratri suo* : » quam nos lectionem sequimur.

ULPIANUS.

XVII. § 6. Si quis rogatus fuerit filiis suis, vel cui ex his voluerit, restituere hereditatem, Papinianus libro octavo Responsorum etiam deportato ei tribuit eligendi facultatem, cui liber factus fideicommissum restitui velit. Sed si servus pœnæ fuerit constitutus, nullo ante concepto filio, jam parere conditioni non poterit, decessisseque sine liberis videtur, sed quum decedit, electionem illam, quam Papinianus deportato dedit, huic dari non oportet.

GOVEANUS.

Rogatus liberis post mortem restituere, vel cui ex his voluerit, etiam post deportationem eligere potest. Cum enim deportatus libertatem retineat (§ *Minor*, 2. Inst. *De capitis deminutione*, 1. 16), cur ei eligendi denegabimus facultatem? Cujus modi autem deportatus retineat libertatem scripsimus libro secundo Lectionum variarum[2].

Aliud in eo juris est qui pœnæ servus constituitur, qui, cum

[1] Vulgatæ lectio. E. C.

[2] Cap. xs, éd. 1766, p. 211. E. C.

libertatem amittat, eligendi quoque arbitrium deponit. Electio enim actus est liberæ et solutæ voluntatis, quam servus, qui mortuo comparatur (L. *Servitutem*, 209. D. *De regulis juris*, 50, 17), habere non intelligitur.

Quin et hoc quoque a deportato differt servus pœnæ, quod deportatus, decedens, liberis superstitibus, quos ante deportationem conceperat, non intelligitur sine liberis decessisse. Soli autem nati filii, non etiam concepti, ante pœnam metalli irrogatam, faciunt ne sine liberis videatur decessisse, qui servus pœnæ effectus est.

Itaque, ille locus : « *Sed si servus pœnæ fuerit constitutus, nullo ante concepto filio, jam parere conditioni* NON *poterit,* » sic legitur in libro quem mihi donavit Joannes Believre, consiliarius regius Gratianopoli, cujus ante mentionem fecimus[1] : « *Sed si servus pœnæ fuerit constitutus, nullo ante concepto filio, jam parere conditioni poterit.* » Quæ mihi lectio vera videtur, ut et hæc inter deportatum et pœnæ servum differentia fuit.

Tertia etiam differentia fuit quod ante mortem deportati naturalem, fideicommissi dies non cedit (L. *Cum pater*, 77. § *Hereditatem*, 4. D. *De legatis*, 2° 31) : neque quidquam transmittit fideicommissarius ante decedens. Servi autem pœnæ mortem naturalem expectandam non esse Jureconsultus significat illis verbis : « *Decessisseque sine liberis videtur.* »

Quæ omnes differentiæ hodie sublatæ sunt per novellam *Hodie*. C. *De pactis conventis tàm super dote*, etc...[2]. Quæ hominem ingenuum servum pœnæ effici vetat.

Loci hujus propria illa quæstio est, num deportati pro mortuis habeantur, quod multis locis scribunt Jureconsulti; verum, cum eligendi facultatem habeant, eorumque mors naturalis exspectetur, non utique pro mortuis habebuntur. —Verum igitur est deportatum sibi mortuum videri, non aliis, et [non] his facultatibus uti posse, quas ei ademit deportatio[3].

[1] Vide suprà ad L. 2. E. C.

[2] Falsa est hæc indicatio. E. C.

[3] Walter, *Geschichte des römischen Rechts*, § 823, not. 66; trad. Dameseme, 1863, p. 54. — V. quoque Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, § 69; trad. Guenoux, 2e éd., t. II, p. 69. E. C.

ULPIANUS.

XVII. § 7. Si quis autem susceperit quidem filium, verum vivus amiserit, videbitur sine liberis decessisse. Sed, si naufragio, vel ruina, vel aggressu, vel quo alio modo simul cum patre perierit, an conditio defecerit videamus. Et magis non defecisse arbitror, quia non est verum, filium ejus supervixisse. Aut igitur, filius supervixit patri, et extinxit conditionem fideicommissi, aut non supervixit et extitit conditio; quum autem quis ante, et quis postea decesserit, non apparet, extitisse conditionem fideicommissi magis dicendum est.

COVEANUS.

Fideicommisso ita dato : « si sine liberis decesserit ; » ad excludendum fideicommissum, non est satis liberos heredem suscepisse, nisi et superstites relinquat; aut, quod pro eodem accipitur, uxorem prægnantem relinquat. (L. *Is cui*, 18. D. *Quando dies legatorum cedat*, 36. 2.)

Aliud dicendum, ita dato fideicommisso : « Si liberos non educaveris. » Nati enim liberi conditionem extinguunt. (L. *Heredibus*, 77. Pr. D. *in eo.*)

Quid ergo, si pater et filius, eadem ruina oppressi, simul obierint? Et magis est non defecisse fideicommissi conditionem, quia verum sit (sic enim legendum est, non *verisimile* [1]) filium patri non supervixisse.

Quod si peregre uterque decesserit, neque certum sciatur, uter prior, uter posterior decesserit, intelligimus posteriorem patrem decessisse, conservandi fideicommissi causâ. Magis enim fideicommissario favendum est quam heredi filii.

Qui favor cessat in L. *Qui duos*, 9. Pr. D. *De rebus dubiis*, 34. 5, instituto et substituto instituto, et fideicommissario simul decedentibus. Ita, in d. L. *Qui duos*, substitutus ei qui novissimus moreretur, utroque simul decedente, ad utriusque hereditatem ex substitutione admittitur favore pupillorum, quibus honorifica et utilis est pupillaris substitutio. (L. *Si pupillus*. D. *De acquirenda hereditate* [2].)

[1] Vulgatæ lectio. E. C.

[2] Hanc legem non inveni. Cf. L. 34. Pr. et L. 42. D. *De vulgari et pupillari substitutione*, 28, 6, et Govea : *Opera*. Ed. 1766, p. 147. E. C.

In eadem lege *Qui duos*, 9. § *Cum bello*, 1. D. *De rebus dubiis*, 34. 5, favor ordinis naturalis succedendi facit ut, incerto eo paterne an filius prius decesserit, pater prior decessisse credatur.

Reverentia item patronalis facit libertus filio [suo] supervixisse credatur, et patrono intestati liberti hereditas deferatur. § *Si cum filio*, 2. ejusdem L. *Qui duos*, 9. D. 34. 5. — Quæ reverentia multas in jure facit sententias, ut in L. *Si patronus*. Pr. 20. D. *De donationibus*, 39. 5.—L. *Si unquam*, 8. C. *De revocandis donationibus*, 8. 56. — L. *Titio centum*, 71. § 2. D. *De conditionibus et demonstrationibus*, 35. 1.

Simul autem conjugibus decedentibus, ut stipulatio de dote restituenda locum habeat, prior decessisse mulier intelligitur. (d. L. *Qui duos*, 9. § *Si maritus*, 3. D. 34. 5.)

Simul autem cum muliere decedente eo qui dotem dedit, cessante favore ejus qui dotem dedit, non habebit locum stipulatio. (L. *Quod de pariter*, 16. D. *De rebus dubiis*, 34. 5.)

Quæstione sane dignum est, quam ob rem si pater cum filio pubere, quem solum testamento scriptum habebat, decesserit, filius patri supervixisse credatur ; impuberi autem superfuisse pater intelligatur. (d. L. *Qui duos*, 9. § *Si Lucius*. 4. D. *De rebus dubiis*, 34. 5 [1].) — Et propterea hæc puto diverse accipi, et in filio pubere naturalem successionis ordinem spectari, non in impubere, quia pubes heredem sibi facere potest. Qui si habeat a patre datum coheredem, successionis testamentariæ ratio habebitur, neque filius patri supervixisse intelligetur.

ULPIANUS.

XVII. § 8. Si quis ita fideicommissum reliquerit : « Fidei tuæ, fili, committo, ut si alieno herede moriaris, restituas Seio hereditatem, » videri eum de liberis sensisse Divus Pius rescripsit. Et ideo, quum quidam sine liberis decederet, avunculum ab intestato bonorum possessorem habens, extitisse conditionem fideicommissi rescripsit.

[1] V. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XIII, n° 93. — Non idonea de commorientibus doctrina ex Pandectarum fragmentis ædificari potest. E. C.

GOVEANUS.

Quidam libri habent : « *Si sine herede* [1]. » — Pandectæ Florentinæ : « *Si alieno herede.* » — Lectio mihi videtur elegantior : « *Si sine herede.* » — Sine herede namque decedit qui suum heredem non derelinquit. Cum enim ad adquirendam hereditatem extraneis opus sit aditione, nemo moriens extraneum heredem habet. Suus statim heres est, mortuo patrefamilias.

Itaque, sic dato fideicommisso : « Si sine herede, » suus dumtaxat fideicommissarium excludit.

Quæro, sic relicto ab extraneo, quam interpretationem verba hæc : « *Si sine herede,* » recipiant. Et cum, filio instituto, verba hæc tam arcte accipiantur, non video cur extraneo instituto plenius intelligi oporteat.

Quæro num liberi exheredati cessare faciant conditionem. Et magis est ut fideicommissum exheredati non extinguant. Nec enim exheres suus heres intelligi potest. (L. *Scripto*, 7. D. *Si tabulæ testamenti... unde liberi*, 38. 6.) [2]

ULPIANUS.

Lib. XV. Ad Sabinum.

XVIII. Pr. In fideicommissaria hereditatis restitutione, constat non venire fructus, nisi ex mora facta est, aut quum quis specialiter fuerit rogatus et fructus restituere.

§ 1. [Vide infra post paragraphum secundum.]

§ 2. Quoties quis rogatur hereditatem restituere, id videtur rogatus reddere, quod fuit hereditatis : fructus autem non hereditati, sed ipsis rebus accepto feruntur.

GOVEANUS.

Qui hereditatem rogatus est vel in diem, vel sub conditione restituere, id solum restituere intelligitur quod fuerit hereditatis, etiamsi rogatus sit : QUIDQUID AD TE PERVENERIT. (L. *Heredes*, 57. Pr. D. *in eo.*)

[1] Vulgatæ lectio. E. C.

[2] Pothier, *Pandectæ*, 35, 1, num. 199, n. b.; éd. 1749, II, p. 488, 2. E. C.

Itaque cum fructus rebus ipsis ferantur accepti, non hereditati, quæ jus est, fructus in fideicommissum non venient.

Rebus fructus acceptos ferri, ex eo intelligi potest, quod post litem contestatam fructus præstentur, etiamsi in personam actum sit. (L. *Vulgo*, 2. — L. *Videamus*, 38. § *In Favianâ*, 4. D. *De usuris*, 22. 1. — L. *Quæsitum*, 91. § *ultimo*, 7. D. *De legatis*, 1° 30. — L. *In condemnationem*, 173. § *Cum verbum*, 1. D. *De regulis juris*, 50. 17.)

Neque interest, heres ne an fideicommissarius hereditatem restituat (L. *Ex asse*, 28. Pr. D. *in eo*) ; an voluntate testatoris, an negligentia [fideicommissarii] percipiantur. (L. *Mulier*, 22. § *Si heres*, 2. D. *in eo.*)

Sane, si fructus hereditatem augent, restituentur. — Hi autem sunt qui tempore mortis testatoris maturi pendebant. (L. *Centurio*, 15. D. *De vulgari*, 28. 6. — L. *In Falcidia*, 9. Pr. D. *Ad Legem Falcidiam*, 35. 2.) De quo ad locum utrumque scripsimus.

Percepti namque vivo testatore, fructus non appellantur, sed corporibus reliquis hereditariis annumerantur.

Item non refert, ante aditam hereditatem an post, percepti fructus sint. Utrique enim lucro heredis cedunt, nisi cum hereditas suspecta dicta est. Tum enim perceptos ante aditam hereditatem fructus suos heres non facit. (L. *Ita tamen*, 27. § 1. D. *in eo.*)

Quod autem de fructibus diximus, de usuris quoque accipiendum erit. Qui pecuniæ quidem veluti fructus est. Et in pensionibus quoque urbanorum prædiorum, et partubus ancillarum, editis ante diem conditionemve fideicommissi.

Tunc in restitutionem fructus veniunt, cum aut specialiter heres rogatur fructus restituere, aut testatoris voluntas appareret, ut in L. *In fideicommisso*, 3. § *Cum Pollidius*, 3. D. *De usuris*, 22. 1 ; et in L. *Ita tamen*, 27. § *Hæres ex asse*, 16 ; et L. *Scribit Celsus*, 33. D. *in eo;* (Sed his duobus locis, hactenus ut fideicommissum suppleatur.) aut in gratiam fideicommissarii apposita est dies fideicommisso. (L. *Si ita relictum*, 43. § *Pegasus*, 2. D. *De legatis*, 2° 31.)—Nam, in lege *Ballista*, 32. D. *in eo*, nullum fideicommissum est, quemadmodum ad eum locum ostendemus.

Quod si mora restitutioni facta sit, fructus restitui oportere

non ambigitur. (d. L. *Mulier*, 22. § *Si hæres*, 2. D. *in eo.* L. *Qui solidum*, 78. Pr. D. *De legatis*, 2° 31.) — Idem scribit Julius Paulus Sententiarum libro tertio [tit. VIII, § 4].

Quando autem mora committatur, scripsimus ad Legem *Divi*, 89. *Ad Legem Falcidiam*, 35. 2.

Idem dicendum est de fructibus, usuris, pensionibus fideicommissi, legative particularis; quæ non debentur nisi ex mora, aut nisi testator una cum incremento legatum vel fideicommissum reliquit, aut gratia legatarii dies apposita legato sit. (d. L. *Si ita relictum*, 43. § *Pegasus*, 2. D. *De legatis*, 2° 31.)

ULPIANUS.

XVIII. § 3. Plane fructus in quartam imputantur, ut est et rescriptum.

GOVEANUS.

Fructus qui modo voluntate testatoris capiuntur in quartam imputantur. (L. *Mulier*, 22. § *Si hæres*, 2. D. *in eo.*)

Quos enim negligentia [fideicommissarii] [1] heres capit, eos lucratur.

Pone purum datum fideicommissum, fideicommissarium autem fideicommissi petitione cessasse. — Neque enim æquum est heredem fideicommissarii procuratorem institui. (L. *Postulante*, 44. § *Sed cum hereditas*, 2, ad finem. D. *in eo.*)

Quod adeo verum est, ut, etsi heres coactus adierit, fructus tunc perceptos antequam ad hereditatis petitionem compellatur, suos facit. (L. *Ita tamen*, 27. § 1. D. *in eo.*) [2].

[1] Ms. « testatoris. »

[2] Hæc Goveani propositio ambigua est et parum congruens his quæ supra scripsit ad L. 18. Pr. et § 2 : « *Perceptos ante aditam hereditatem fructus suos heres coactus non facit.* » — Forsitan, in deperditis fragmentis, sensum hujus L. 27. § 1, majore cum diligentiâ enucleaverat. — Heres enim qui coactus adiit, quia suspectam hereditatem dixerit, omni commodo privatur in hereditate. (L. 27. § 2. D. h. tit.) — Attamen si fingamus mendam aliquam in manuscripto esse, et non legendum « *Antequam ad hereditatis petitionem compellatur*, » sed potius : *Posteaquam ad hereditatis additionem compellatur*, » probari posset Goveani sententia. Nam, — et Aurelianensis antecessoris verba refero, — heres coactus non privatur fructibus et causa, post aditam hereditatem, ante moram restitutioni fac-

Idem juris est in usuris, pensionibus urbanorum prædiorum. — Nam partus ancillarum, post diem fideicommissi editos, etsi ante moram, non facit heres suos (d. L. *Mulier*, 22. § *Sed enim*, 3. D. *in eo*). Ratio illa est quia partus in fructu non sunt.

Quod autem diximus fructus in quartam imputari, de iis fructibus accipiendum est, qui post mortem testatoris percepti sunt, neque moriente testatore maturi pendebant. Uti enim paulo ante diximus, ii fructus hereditatem augent, non secus atque ii quos testator percepit. Qui autem hereditatem augent, nemo dixerit in quartam [non] imputari.

Videndum est quid intersit ex Pegasiano, an ex Trebelliano fiat restitutio.

Et quidem si Trebelliano locus est (et quidem hoc est si dodrantem dumtaxat hereditatis rogatus sit heres restituere[1], licet post tempus aut sub conditione), satis habet fideicommissarius, si consequatur quod ei testator dedit. — Ita hoc casu imputari fructus heredi non debent in eum quadrantem, quem ei testator dedit.

Quod si Trebellianum inducatur, ut in L. *Filius familias*, 18. § 1, et L. *Acceptis*, 93. D. *Ad Legem Falcidiam*, 35. 2, fructus necessario imputantur, qui faciunt ut testator quartam hereditatis partem heredi reliquisse videatur.

Ut ecce testator rogavit heredem, ut totam hereditatem Sem-

tam, perceptis; sed tantum de his quæ ante aditam hereditatem quæsita sunt. (Pothier, *Pandectæ*, lib. 36, t. I, n° 117.) — Neque tamen omnibus satis-idonea videtur hæc explicatio. Si Johanni Voet fides adhiberetur, non omnia quæ in § 1 Leg. 27 comprehenduntur, ad heredem coactum spectarent; et, præcipue, quod dicitur de fructibus perceptis post aditionem et non restituendis caderet in eum solum qui sponte adierit, et nullo modo in heredem ad aditionem compulsum (*Ad Pandectas*, lib. 36, tit. I, cap. XLIX). — Sed Cujacius et Gothofredus impugnant istam Leg. 27 interpretationem, obvio sensui jam oppositam. « Fructus, vel quæ pro fructibus habentur, in restitutionem non veniunt. Hoc ita, non tantum si heres sua sponte, sed et si coactus adierit. Qui coactus adit, caret Falcidiâ, non tamen fructibus. » (Ed. Fabrot, Paris, 1658, t. IV, P. I, p. 1589.) — « Fructus percepti negligentia non petentis non restituuntur etiam ab herede coacto. » (*Corpus juris civilis*. L. 36. T. I. Ad h. L. 27. § 1.) E. C.

[1] § 6, Inst., *De fideic. hered.*, 2, 23. — Cf. Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, 1864, I, p. 789. E. C.

pronio post tempus restitueret, Trebelliano locus non est, cum tota hereditas in fideicommisso sit. — Verumtamen, si medii temporis commodum ad quartam et quartæ fructus a die mortis testatoris esse computandos sufficiat, inducimus Trebellianum, quasi testator heredi bonorum quadrantem reliquerit. Uti enim in Præfatione diximus, ad Trebellianum inducendum, satis [est] locum Falcidiæ non esse [1].

Quin, et si ex medii temporis fructibus quarta colligi non potuit, ut contra voluntatem testatoris retinenda ex Pegasiano Falcidiæ portio sit, percepti fructus facient ut eo minus de hereditate retineatur, nisi heres ex liberis primi gradus sit, hoc est filius vel filia.

Hi enim, vel post diem, vel sub conditione hereditatem totam restituere rogati, non exteris tantum, verum et fratribus, neque fratribus tantum, sed et nepotibus et neptibus, non aliter Falcidiam inducent, quam si statim rogati essent hereditatem restituere. (L. *Jubemus*, 6. Pr. C. *Ad senatus consultum Trebellianum*, 6. 49.)

Neque mirum cuiquam videri debet filiis et filiabus id solum tributum a Zenone. Namque, in juris partibus, liberi primi gradus præcipuo jure utuntur. Nam, neque exheredari inter cœteros, aut sub quavis conditione institui poterant, aut una emancipatione manumitti. De quo scripsimus ad Leg. *Coheredi*, 41. § *Cum filiæ*, 2. D. *De vulgari*, 28. 6.

Sane, si, retenta certa re vel quantitate, rogatus sit heres hereditatem sub conditione restituere, post ejus conditionis eventum, Falcidiam inducere volenti (pone in fundo, quem retinere jussus fuerat, minus quarta fuisse) fructus in quartam non imputabimus. (L. *Filium quem*, 24. C. *Familiæ erciscundæ*, 3. 36. In quâ de fructuum imputatione verbum nullum.)

Tractari hoc loco solet, num in quartam, quæ inofficiosi querelam excludit, fructus imputentur.

Et constat quartam partem debitæ portionis ab intestato querelam excludere. Nam ex debita parte institutus onerari potest usque ad quartam ejus portionis. De quo scripsimus ad L. 1. *De vulgari* (28. 6).

[1] Cf. supra ad L. I, §§ 8 et 19. E. C.

Neque refert quo titulo quartam suæ portionis habeat qui ad querelam admitti potest. Nam, et mortis causâ donationes, et inter vivos ea tamen contemplatione factæ, et legata, et fideicommissa, et quæ conditionis implendæ causâ dantur ab herede simpliciter, a legatario et statulibero, ex eventu, querelam submovere constat. (L. *Papinianus*, 8. § *Si quis*, 6, et § *Si conditioni*, 10. D. *De inofficioso testamento*, 5. 2. L. *Si non mortis*, 25. D. *Eod. tit.* Fac. nov. *novissima*, 6. C. *Eod. tit.* 3. 28.)

Quin, et fructus medii temporis querelam submovent. (d. L. *Papinianus*, 8. § *Unde*, 11. D. *De inofficioso testamento*, 5. 2.) « ... *Sive post tempus incertum.* » — Sic enim eo loco legendum puto [1], hoc est: sub conditione, sive post tempus certum, exempli gratiâ: Post decennium rogatus sit heres hereditatem restituere.

Neque obstat L. *Scimus*, 36. Pr. C. *De inofficioso testamento*, 3. 28, ubi illud deciditur. Evicta post tempus re quam filio [pater] in quartam dederat, suppleri filio quartam deberi ex substantia ipsius patris, neque in eam quartam imputari debere, si quid ex substitutione lucratus sit, neque partem usufructus accrescentem personæ. (Sic enim eum locum intelligendum puto, non quemadmodum ab Accursio exponitur.)

Ecce pater mihi in quartam fundum dedit. Idem me fratri impuberi substituit. Post tempus aliquod a me evictus fundus est, simul et conditio substitutionis exstitit. Non imputabuntur mihi in quartam bona propria pupilli, sive exheredatus sit, sive ex parte heres institutus sit. Bona patris imputabuntur, non secus ac si vulgaris substitutionis casus evenisset, ita tamen ut coheres pueri in legitimam conferat.

Exempli causa: Fundus qui a me evictus est valebat decem. Si duo heredes erant, uterque quinque conferet. Et quamvis ego alterius portionem ex substitutione accepero, non ideo tamen alter non conferet mihi sua quinque. — Quæ sententia illam habet rationem quod pater me utrumque habere voluit.

Quod autem de usufructu ait Imperator hujusmodi est. Pater

[1] In Pandectis legitur : « Post certum temporis. » E. C.

mihi partem ususfructus legavit; ea a me evicta est. Si collegatarius suam partem amittat, ea mihi adcrescet. Ususfructus enim ea natura est ut personæ adcrescat. (L. *Interdum*, 10. D. *De usufructu adcrescendo*, 7. 2. [L. *Usumfructum*, 33. § 1. D. *De usufructu*, 7. 1.] [1]. L. *Et an eadem*, 14. § 1. D. *De exceptione rei judicatæ*, 44. 2.) — Ea portio ususfructus mihi accrescens in quartam [non] [*] imputabitur.

Idem in proprietate dici non potest, cujus portio portioni adcrescit, non personæ, ut frustra deficientem portionem vindicet, qui suam amisit. (d. L. *Usumfructum*. 33. § 1. D. *De usufructu*, 7. 1, et L. *Et an eadem*, 14. § 1. D. *De exceptione rei judicatæ*, 44. 2.)

Nulla in lege hac de fructibus quæstio esse potest. Constat enim ut quartæ fructus, ita et rei in quartam datæ eum habere oportere qui de inofficioso queri potest. (d. Novella *Novissima*. c. 3. 28. d. L. *Papinianus*, 8. § *Unde*, 11. D. *De inofficioso testamento*, 5. 2.)

Fructus igitur medii temporis inofficiosi querelam excludunt. Nam Falcidiam, quæ ex Pegasiano retinetur, excludunt, in quam ii fructus imputantur, nisi liberi [sint] primi gradus.

Qui, si ex majore quam ex debita portione instituantur, sive post tempus, sive statim restituere rogentur, inofficiosum non dicunt testamentum, utpote quibus sufficit Pegasianum.

Si autem ex legitima tantum parte sint instituti, frustra restituere rogantur, neque de fructibus medii temporis dubitari potest, qui a legitima portione non separantur.

Multoque adeo minus dubitaretur de fructibus, si ex minore quam ex legitima portione sint instituti.

Nunc videamus num in quartam quæ legis Falcidiæ auctoritate retinetur fructus imputentur. — Et constat imputari, si in diem, vel sub conditione legata data sint. — Neque fructus modo, verum et usuras, et prædiorum pensiones, et partus ancillarum. [L. *Falcidiæ*, 24. § *Idem*, 1. D. *Ad Legem Falcidiam*, 35. 2] [3].

[1] Ms. « L. loci, de usufr. »
[*] Abest in ms. negativa, sed vid. suprà, E. C.
[3] Ms. « L. Paulus ad L. Falcid. »

Sane fructus rei propriæ ipsius heredis non imputantur nisi post moram. [D. L. *Falcidiæ*, 24. § *Idem*, 2. D. *Ad Legem Falcidiam*, 35. 2.] [1].

Dubitet autem quis quomodo fructus rerum sub conditione legatarum imputentur, cum Falcidia quarta sit hereditatis, fructus autem hereditatis non sint. — Et dicendum est fructus ideo in Falcidiam imputari, quia judicio testatoris capiuntur, et ex rebus ipsis hereditariis, et jure heredis. Nullo enim heres alio titulo fructus percipit.

Qua ratione legata inutiliter data, quæ apud heredem remanent, in quartam imputantur, licet judicio testatoris non retineantur. (L. *Quod si alterutro*, 78. D. *Ad Legem Falcidiam*, 35. 2.)

ULPIANUS.

XVIII. § 4. Si legatum sit heredi relictum, et rogatus sit portionem hereditatis restituere : id solum non debere eum restituere, quod a coherede accepit ; cœterum quod a semetipso ei relictum est, in fideicommissum cadit ; et id Divus Marcus decrevit.

GOVEANUS.

Heredi ex parte instituto legari posse constat.

Et, si quidem partem suam simpliciter restituere rogetur, etiam legata et prælegata venient. (L. *Marcellus*, 3. § *Quidam*, 4. D. *in eo.*)

Si autem portionem hereditatis, prælegata non venient. (L. *Titia*, 86, D. *Ad legem Falcidiam*, 35. 2.) Nam prælegatum id est quod ultra portionem hereditatis datur, et quod præcipuum heres habet. Legati non eadem vis est ; itaque ea legati pars quam a se capit heres in restitutionem hereditatis venit. De quo scripsimus ad d. L. *Titia*, 86, et d. § *Quidam*.

Exempli gratia : Duos heredes institui, alteri fundum legavi et eum rogavi ut Sempronio hereditatem restitueret. Fundi quoque partem restituet, quam capit jure heredis. Quam vero a coherede capit, retinebit ; eam namque jure legati capit. — Qui, si jure suo uti velit in restituenda hereditate, hoc est quartam

[1] Ms. « d. L. Paulus. »

ex Pegasiano retinere, portionem fundi quam a se capit, sibi i quartam imputabit. (L. *In quartam*, 91. D. *Ad legem Falcidiam* 35. 2.)

Si vero fundum ita legavi : Fundum præcipito, sive præcīpuum habeto, quæ prælegatorum verba sunt, rogatus hereditatem restituere totum fundum retinebit propter eam causam, quam supra diximus. — Idem tamen, si jure suo uti velit, prælegati partem quam a se accepit in quartam imputabit, non secus ac legati.

Idem dicendum, si, retento fundo, rogavi ut hereditatem restitueres. Nullam enim partem fundi restitues, quamvis a te partem capias. Si tamen uti velis Falcidia, partem hereditariam fundi in quartam imputabis. (L. *Filium quem*, 24. C. *Familiæ erciscundæ*, 3. 36.)

Quæ latius a nobis exposita sunt in L. *Titia*, 86, et L. *In quartam*, 91. D. *Ad legem Falcidiam*.

Sane ridiculum est, quod Azonem secutus Accursius existimavit satis restitui quod in quartam imputatur. — Nam eadem ratione dixisset Jureconsultus, fructus in fideicommissum cadere, cum in quartam imputentur.

Quin autem verba hæc : *In fideicommissum cadere*, significent restitui oportere, nemini in dubium venit.

PAULUS.

Lib. III. Ad Sabinum.

XIX. Pr. Ubi pure fideicommissum datum est, si adjectum sit : « Rogo des filio tuo, faciasque ut ad eum perveniat ; » rescriptum est, videri in id tempus dari, quo capere potest, id est, sui juris fiat.

GOVEANUS.

Pater inutiliter pure rogatur filio quem habet in potestate hereditatem restituere, ut et dominus servo. Post mortem autem, cum sui juris filius, servusve erit, non inutiliter. (L. *Quidam*, 25. § 1. D. *in eo.*) Neque enim ante accipere filius, servusve possunt.

Verum, si pure dato fideicommisso, adjecerit testator : Facito ut ad filium tuum perveniat, vel ut filius tuus habeat, vel ut ad filium tuum pertineat, vel, filio servato, utile fideicommissum

redditur. In id enim tempus collatum videtur quo filius capere poterit. Poterit autem cum sui juris erit. (L. *Si legatarius*, 8. § 1 et 2. D. *De legatis*, 3° 32. L. *Fideicommissa*, 11. § *Si filio*, 10 et 11. D. *De legatis*, 3° 32. L. *Epistolam*, 75. § 1. D. *in eo*. L. *Quamvis*, 15. C. *De fideicommissis*, 6. 42) [1].

Inutile autem esse fideicommissum in quo pater rogatur pure hereditatem restituere, ex eo intelligi potest, quod Adrianus, in eo decreto, quo patrem, rogatum post mortem filio hereditatem restituere, fideicommissum dilapidantem, ad fideicommissi repræsentationem compulit, clausulam illam adjecit : Et ne quid patri in ea pecunia juris esset, quamdiu viveret filius, sine [quâ clausulâ] jus potestatis decretum illusorium reddidisset. De quo plene scripsimus ad leg. *Cum filio*, 11, D. *De legatis*, 1°, et libro II *Lect. var.* [2].

PAULUS.

XIX. § 1. « Te rogo, Luci Titi, hereditatem meam cum Attio partiaris ; » ex senatus consulto Trebelliano in eum, cui restituta est hereditas, actiones competere Aristo arit, quia pro hoc accipiendum sit : « Rogo hereditatem illam restituas ; » nec verba spectantur senatus consulti, sed sententia quibuscumque verbis, dum testator senserit, ut hereditas sua restituatur.

GOVEANUS.

Quia in senatus consulto Trebelliano restitutionis mentio fit, cum alio partiri hereditatem herede jusso, videbatur locus [non] esse Trebelliano. Illa quoque dubitandi ratio non inelegans est, quod hereditas jus est, partitio autem corporum esse videtur.

Verum voluntas testatoris quæ in fideicommissis dominatur facit ut verbum hoc « partiaris » pro « restituas » accipiatur. Satis enim est, ut Trebelliano locus sit, testatorem sensisse ut hereditas sua restituatur.

Nam alienam hereditatem fideicommissi particularis loco esse scribit Jureconsultus. (L. *Ita tamen*, 27. § *Trebellianum*, 8. D. *in eo*.)

[1] Adjicitur L. *Filiam, de alimentis et cibariis legatis*, quam non inveni. Cf. Goveani *opera*, 1562, p. 304. Cf. Ed. 1766, p. 221. E. C.

[2] Cap. XXXII, éd. 1562, p. 304. E. C.

PAULUS.

XIX. § 2. Qui in distrahendis conservandisve rebus hereditariis sumptus factus est, imputari heredi debet.

GOVEANUS.

Rogatus hereditatem restituere res tempore perituras distraxit, insulam fulcivit; sumptus hos detrahet. (L. *Mulier*, 22. § *Sed enim*, 3. D. *in eo.*)

Sumptus non necessarios non detrahet, ne oneret fideicommissarium.

Idem dicendum si partem domus quæ arsit sua impensa refecerit. Quam, si non retinuerit, incerti condicet quasi plus debito solverit. (L. *Qui exceptionem*, 40. § *Si pars*, 1. D. *De condictione indebiti*, 12. 6. — L. *Quod si nulla*, 60. D. *De legatis*, 1° 30.)

Verbum « imputari » quo Jureconsulti varie utuntur sic accipiendum est, non ut eam impensam ferat heres, sed ut ejus ratio habeatur in restituenda hereditate. Tunc verbum imputari heredem onerat, cum in quam rem imputatio fiat adjicitur : exempli causâ : In Falcidiam heredi imputari; verum, cum simpliciter dicitur, valet computari. (L. [*Si quidpossessor*, 31. Pr. D. [1]] *De hereditatis petitione*, 5. 3.)

ULPIANUS.

Lib. XIX. Ad Sabinum.

XX. Sed et si ad tempus liberorum fuerit legatum relictum, et is uxore prægnante decesserit : ad heredem suum transferat legatum.

GOVEANUS.

Fideicommissum ita relictum : CUM LIBEROS SUSCEPERIS, VEL EDUCAVERIS, ad tempus liberorum relictum dicitur.

Illud dubitabatur, num satisfecisse conditioni videatur, qui prægnante uxore decessit. Et placuit esse impletam conditionem. L. *Is cui*, 18. D. *Quando dies legatorum* (36. 2.) L. *Intelligendus*, 153. D. *De verborum significatione* (50. 16.) L. *Vel si vivo eo*, 7. D. *De suis et legitimis heredibus* (38. 16 [2].)

Modo partus vivus edatur : d. L. *Is cui*, 18. D. *Quando dies*

[1] Ms. « *si possessor*, § *Sed et si senatus.* »

[2] Conf. l. 187, D. *De regulis juris*, 50, 17. E. C.

legatorum, 36. 2. Qui enim mortui nascuntur, neque nati, neque procreati intelliguntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt. (L. *Qui mortui*, 129. D. *De verborum significatione*, 50. 16.)

Quæro si monstrum mulier pepererit, hoc est, si partum ediderit contra formam humani generis, impleta ne conditio fideicommissi sit. Et puto defecisse conditionem.— Neque enim liberi sunt qui ita nascuntur. (L. *Non sunt*, 14. D. *De statu hominum*, 1. 5.) [1].

Sane ad evitandam pœnam legis Papiæ, hujusmodi partus matri proderit. Sic enim intelligenda est L. *Quæret*, 135. D. *De verborum significatione*, 50, 16, quæ desumpta est ex libro quarto Ulpiani ad Leges Juliam et Papiam, uti testantur Pandectæ Florentinæ [2].

Si maritus leget uxori ad tempus liberorum, quemadmodum accipi verba ista oporteat, scribit Ulpianus in lege *Solemus*, 9, et *Si vir*, 61, et Julianus in lege *Cum vir*, 25. D. *De conditionibus et demonstrationibus*, 35. 1.

POMPONIUS.

Lib. XXII. Ad Sabinum.

XXI. Heres, cum debuerat quartam retinere, totam hereditatem restituit, nec cavit sibi stipulatione proposita; similem eum esse Aristo ait illis, qui retentiones, quas solas habent, omittunt : sed posse eum rerum hereditariarum possessionem vel repetere, vel nancisci : et adversus agentem doli mali exceptione uti posse eum, et debitoribus denuntiare, ne solveretur.

GOVEANUS.

Lex hæc in paucis obscura est, in qua, perperam meo judicio, Aristonis sententiam corrigi a Pomponio Accursius existimat. Præter enim id quod nullum signum correctionis apparet, ipse se Aristo corrigeret, non Pomponius. Nam et illa sententia : *Sed posse eum rerum*... Aristonis est.

Duæ igitur sententiæ Aristonis referuntur a Pomponio.

[1] De monstris, v. Eschbach, *Revue Wolowski*, t. XXVIII, p. 167. E. C.

[2] V. Machelard, *Dissertation sur l'accroissement*, Paris, 1860, p. 121. Sed de senatus consulto Tertulliano, aliter statuit Paulus Sententiarum lib. IV, t. IX, § 3. E. C.

Prior est : heredem, qui, cum ex Pegasiano quartam retinere posset, totam restituit hereditatem, similem esse ei qui retentionem omisit, quam solam habebat. Ex quo sequitur solam Pegasiano quartæ retentionem permissam ; non etiam id cautum ut ita fidei heredis hereditas committi possit : ne minus quartâ parte heres capiat.

Quod quia lege Falcidiâ cautum est (L. 1. Pr. D. *Ad legem Falcidiam*, 35. 2), si heres per errorem Falcidiam non detraxerit, quod ultra dodrantem solvit, repetit. (L. 1. § *Legatarius*, 11. D. *Ad legem Falcidiam*, 35. 2. — L. 1. § *Hæc stipulatio*, 9. D. *Si cui plus quam per legem Falcidiam*, 35. 3.)

Ratio illa est, quia per legem Falcidiam legata ultra [dodrantem] consistunt[1], ultra quem inutiliter testator legat ; [sed] nullum fideicommissis universalibus modum constituit senatus.

Illud dumtaxat sanxit, ut heredi quartam hereditatis partem liceret retinere ; ex permissione nulla actio heredi competere potest ad revocandam eam partem quam potuit ex senatus consulto retinere.

Neque enim intendere potest eam partem debere sibi restitui ; quod recte intendit heres qui legata integra solvit, cum locus Falcidiæ esset. Uti enim jam diximus, lex Falcidia quadrantem heredi dat.

Retentionem igitur solam ex Pegasiano habet heres, neque quod ultra [dodrantem][2] restituit, repetere potest ulla actione.

Verum, ut is retentione sua uti possit (quæ secunda Aristonis sententia est), repetit possessionem rerum hereditariarum, ne Pegasiani beneficium per errorem amittat. (L. *Si heres*, 68. § *Si totam*, 1. D. *in eo.*)

Quæ si ab alio possidentur, nanciscitur earum possessionem per petitionem hereditatis, quæ, cum actio in rem sit, non transfertur in fideicommissarium, etiamsi ex Trebelliano facta sit restitutio. — Non transire autem eam actionem ex eo intelligi potest, quod fideicommissarius, recepta hereditate, non intentat petitionem hereditatis ; sed fideicommissariâ hereditatis petitione a Prætore adjuvatur.

Quod si fideicommissarius adversus heredem nactum rerum

[1] Ms. « ultra quadrantem consistunt. »
[2] Ms. « quadrantem. »

hereditariarum possessionem agat, et fideicommissum persequatur (nec enim ullam aliam actionem habet adversus heredem), doli mali exceptione submovebitur. Dolo enim eum facere, qui beneficio senatus consulti heredem spoliare velit.

Quin, et debitores hereditarios exiget. Neque enim ex Pegasiano actiones transferuntur. —Verum, quia debitores fideicommissario solvere possunt, denuntiabit debitoribus, ne fideicommissario solvant.

Cujus denuntiationis ea vis est, ut debitores quibus denuntiatum est suo periculo solvant; hoc est, ut solventes fideicommissario, non liberentur ab herede.

Adeo autem verum est, heredem, Falcidia interveniente, partem legati debitam repetere posse, ut, si legatarius in possessione rei legatæ sit, heres vindicare quartam partem possit. (L. *Lineam*, 26. Pr. D. *Ad legem Falcidiam*, 35. 2.) — Neque enim dubium est quin incerta pars vindicari possit. (L. *Quæ de tota re*, 76. § *Incertæ*, D. *De rei vindicatione*, 6. 1.) — Potest etiam heres rei legatæ possessionem repetere, ut retentione sua uti possit. (d. L. *Lineam*, 26. Pr. D. *Ad legem Falcidiam*, 35. 2.)

Quam solam [facultatem] habet qui ex Pegasiano restituit. Nam, in fideicommissis particularibus, idem juris est quod in legatis. De quibus fideicommissis loquuntur imperator, in L. *Error*, 9. C. *Ad legem Falcidiam*, 6. 50, et Jureconsultus Paulus in L. *Regula*, 9. § *ultim.* D. *De juris et facti ignorantia*, 22. 6.)

ULPIANUS.

Lib. V. Disputationum.

XXII. Pr. Mulier, quæ duobus filiis in potestate patris relictis alii nupserat, posteriorem maritum heredem instituit, eumque rogavit, liberis suis, post mortem patris eorum, hereditatem suam restituere, vel ei qui eorum superesset. Iisdem emancipatis a patre suo vitricus restituisse hereditatem dicebatur, mox alter ex filiis vivo patre decessisse. Quærebatur, an is, qui supererat ex filiis, partem fratri suo restitutam petere possit, quasi præmature datam. Scævola Divum Marcum in auditorio de hujusmodi specie judicasse refert: Brasidas quidam Lacedemonius, vir prætorius, cum filiis suis ab uxore divortio sepa-

rata, si, morte patris, sui juris fuissent effecti, fideicommissum relictum esset, eos emancipaverat ; post emancipationém fideicommissum petebant. Decrevisse igitur Divum Marcum refert, fideicommissum iis repræstandum, intellecta matris voluntate : quæ, quia non crediderat patrem eos emancipaturum, distulerat in mortem ejus fideicommissum, non dilatura id in mortalitatem, si eum emancipaturum sperasset. — Secundum hæc dicebam, et in proposita quæstione decretum Divi Marci esse trahendum, et recte fideicommissum utrisque solutum.

GOVEANUS.

In restituenda hereditate voluntas, non verba testatoris, spectari debet.

Itaque, a muliere rogatus ut hereditatem ipsius liberis restituat post mortem patris eorum, recte liberis emancipatis restituit, patris eorum morte non expectata. Neque enim tam in tempus mortis mariti collatum beneficium videtur, quam in tempus quo liberi sui juris essent futuri, quos mater non sperabat a patre emancipatos iri.

Sic igitur dato fideicommisso : *Rogo te, marite, ut filiis meis hereditatem restituas post mortem patris ipsorum vel ei qui supererit ex illis*, filiis a patre emancipatis, non videtur præmature vitricus hereditatem restituere, quamvis vivo eorum patre ; neque alteram hereditatis partem petet ab eo, qui ex illis fratri et patri supererit.

Quæ sententia decreto Divi Marci adjuvatur. Decrevit enim fideicommissum ita relictum a muliere quæ diverterat : « si morte patris sui juris effecti essent, » filiis a patre emancipatis, repræsentari oportere ex testatricis voluntate. Quæ si patrem filios emancipaturum credidisset, in mariti mortem fideicommissum non distulisset.

Mihi tamen decretum Divi Marci non posse ad propositum trahi videtur. Nam, ex his verbis fideicommissi, « si morte patris sui juris fuissent effecti, » apparet id dumtaxat matrem voluisse ut sui juris effectis hereditas restitueretur. — In casu autem proposito, mulier voluit filiis suis post mortem patris ipsorum restitui, ne ullo casu ad maritum priorem sua bona redire possent. Poterunt autem redire, restituta vivo patre filiis hereditate, et ipsis sine liberis ante patrem decedentibus intestatis. — Ne-

que enim dubium est quin pater manumissor liberis emancipatis succedat ab intestato, exemplo patroni.— Eam autem testatricis fuisse voluntatem ex eo conjicere possumus, quod totam hereditatem ei restitui voluit qui patri superesset, si forte alterum mori contigisset vivo patre.

Tractari hoc loco solet, de casus ad casum extensione.

Et constat casum expressum ad similes trahi (L. *Gallus*, 29. § *Et quid si tantum*, 5. D. *De liberis et posthumis*, 28. 2. — L. *Si ita*, 15. D. *Quando dies legatorum*, 36. 2. — L. *Si mater*, 3. C. *De institutionibus et substitutionibus*, 6. 25), nisi in L. *Si cum dote*, 22. *Princip.* D. *Soluto matrimonio*, 24. 3, ne suum jus mulieri auferatur, cujus dos est proprium patrimonium.

Quin et ad dissimilem quoque trahitur, si verisimile est de eo quoque cogitatum esse. L. *Si extamus*. D. *De conditione indebiti*[1].

Neque ad dissimilem modo, verum etiam ad contrarium, ex Divi Marci constitutione. (L. *Jam hoc jure*, 4. Pr. *De vulgari et pupillari substitutione*, 28. 6.)

Et de quæstione hac, scripsimus plura ad d. l. *Jam hoc jure.*

Prætorium hoc loco Jureconsultus vocat eum qui ἄρχων fuerat; nam ἄρχοντας Prætores Cicero interpretatur.

ULPIANUS.

XXII. § 1. Non est dubitatum, cogi posse heredem institutum adire et restituere hereditatem servis, sive directa, sive fideicommissaria libertas eis data fuisset; cum aspernari heres non deberet personam cogentis. Habet enim hic quoque aditum: ut qui nondum petere fideicommissariam libertatem possit, nec directam sibi vindicare, propter spem tamen libertatis et hereditatis, aditum ad Prætorem et per se habeat.

GOVEANUS.

Servi ad Prætoris Tribunal non aspirant. Itaque, in titulo *De postulando*, D., 3. 1. nihil fuit necesse servis postulationem interdicere.

Propter spem tamen libertatis et hereditatis, heredem insti-

[1] Lex non reperta. Cf. Goveani *Opera*. Ed. 1766, p. 122. E. C.

tutum recte cogunt ut hereditatem adeat, et sibi restituat, sive directam libertatem acceperint, sive per fideicommissum ab eodem heredo.

Si enim ex legato pendeat libertas, adire heres non cogetur. De quo scripsimus ad L. *Cogi*, 16. § *penult.* 16. D. *in eo.*

Idem dicendum, si solam libertatem servus acceperit. Nec enim justa heredis cogendi causa libertas est. (L. *Si patroni*, 55. § *Qui fideicommissam*, 2. D. *in eo.*)

Non omnes autem servi cogunt, sed hereditarii, sed alieni. Nam heredis servi dominum cogere non possunt, quamvis parati cavere. (L. *Cogi*, 16. § *Sed si servo*, 13. D. *in eo.*)

ULPIANUS.

XXII. § 2. Si heres post multum temporis restituat, cum præsenti die fideicommissum sit : deducta quarta restituet ; fructus enim qui percepti sunt, negligentia petentis, non judicio defuncti percepti videntur. Alia causa est, si sub conditione, vel in diem rogatus fuerit : tunc enim quod percipitur, summovet Falcidiam, si tantum fuerit, quantum quartam facit et quartæ fructus ; nam fructus qui medio tempore percepti sunt, ex judicio testantis percepti videntur.

GOVEANUS.

De sententia paragraphi hujus scripsimus ad L. *In fideicommissaria*, 18, *in eo*. Ii demum fructus in quartam imputantur qui ex judicio testatoris percipiuntur : Pone in diem, vel sub conditione datum fideicommissum.

Fideicommissarii autem negligentia percepti, non imputantur : pone cessasse in petendo fideicommisso. Neque enim fideicommissarii procurator heres est. (L. *Postulante*, 44. § 1. D. *in eo.*)

Itaque, quamdiu in mora heres non est (ante interpellationem autem in mora non est), fructus lucratur, etiam post diem fideicommissi perceptos, sive sponte, sive coactus hereditatem adierit. (L. *Ita tamen*, 27. § 1. D. *in eo.*)

Partus sane ancillarum editos post diem fideicommissi suos non facit, quia in fructu non sunt (cf. § proximo sequente).

ULPIANUS.

XXII. § 3. Sed enim si quis rogetur restituere hereditatem, et vel servi decesserint, vel aliæ res perierint, placet non cogi eum reddere, quod non habet; culpæ plane reddere rationem, sed ejus quæ dolo proxima est; et ita Neratius lib. I Responsorum scribit. Sed et si, quum distrahere deberet, non fecit, lata culpa, non levi et rebus suis consueta negligentia, hujusmodi rei rationem reddet. Sed et si ædes ustæ sunt culpa ejus, reddet rationem. Præterea, si qui partus exstant, et partuum partus; quia in fructibus hi non habentur. Sed et ipse si quem sumptum fecit in res hereditarias, detrahet. Quod si sine facto ejus, prolixitate temporis ædes usu acquisitæ sint, æquissimum erit, nihil eum præstare, quum culpa careat.

GOVEANUS.

Damna quæ post mortem testatoris contingunt, fideicommissario heres non resarcit, nisi major aliqua heredis culpa arguatur, et ejusmodi negligentia, qua ipse in rebus propriis uti non consuevit. Quæ culpa major et lata appellatur, cujus qui affinis est non longe a dolo abest. (L. *Quod Nerva*, 32. D. *Depositi*, 16. 3.)

Eo autem dixi « *non longe*, » quia non per omnia dolo culpa ista major æquiparatur. Nam, neque actionem de dolo parit, neque infamat, neque propter eam jusjurandum in litem datur; de quo alio loco scripsimus [1].

Pone igitur mortuos servos, res hereditarias perditas, vel diminutas, exustas ædes. Rationem rerum harum reddet heres fideicommissario, si culpa non vacet. Si extra culpam sit, non tenebitur; ejus tantum quartam damna ista minuent pro rata. (L. *Deducta*, 58. § *Quod ex hereditate*, 7. D. *in eo.*)

In ratione legis Falcidiæ secus est. Ad solum enim heredem pertinent damna quæ post mortem testatoris contingunt. (L. *In quantitate*, 73. Pr. D. *Ad legem Falcidiam*, 35. 2.)

Quin, et si heres, præter consuetudinem suam, tam negligens fuit, ut res steriles, vel quæ longo tempore steriles fuerunt, non

[1] Ad Leg. 41. D. *Ad Leg. Falcidiam*. Ed. 1766, p. 293. — Cf. Malapert, *de la prestation des fautes*. Paris, 1861, p. 175 et seq.

distraxit, ejus quoque rei rationem reddet, et in verum rei pretium tenebitur, non etiam in usuras, nam neque fructus reddit.

Sane partus ancillarum restituit, etiam ante moram editos, post diem tamen fideicommissi, uti superius scripsimus et scribemus ad d. Leg. *Deducta*, 58; D. *in eo*.

Idem dicemus, si usucaptæ ædes sint sine facto heredis; nihil enim. . . . . .

CÆTERA DESIDERANTUR.

E. CAILLEMER.

LES COUTUMES DE LARROQUE-TIMBAUD.

1270.

(Suite et fin [1].)

---

§ 68. — Des bouchers. — Tarif de la taxe. — Peine pour vente au-dessus de cette taxe. — Prohibition d'exposer des viandes gâtées en tout ou en partie.

Li mazeler (262) ganho en cada beu o baqua que vendo, se n'es [2]... en quada bestia escoriada que vendo a mazel, los quatre sols, e l cap, e l col, e l cul, e l ventre [3]; en porc o en treja, los quatre sols, e l ventre [4], e l sang; e si plus car o vendian, que l coste LXV sols de gatges, e en [5] fos la mitat als senhors e la mitat als cosselhs; e que no meta car milhargosa, ni morta de malaria [6], ni per avol [7] mort de mieis [8] l'autra carn ni sobre lo mazel, ni sobre los pes, ni en aquel loc on vendra l'autra carn bona; e qui en aissi no o fazia que l costes, a aquel qui aissi cum es digh no acomplira o no gardara, LXV sols don sio las doas partz al senhor e la tersa part als cosselhs, e [9] la enmenda que fos en doble a qui l'auria venduda a conoguda del baile e dels cosselhs.

§ 69. — Des boulangères. — Taxe. — Amende et confiscation au profit des pauvres.

E las pistoressas (263) fassa bel pa e grand, e en quada quartera de blat que ganhe XII diners, e l bren, e la sembla; e qui

[1] Voir *Revue historique de droit français et étranger*, t. X, p. 141 et 391.
[2] Lacune dans le texte.
[3] Vendre.
[4] Id.
[5] Ou.
[6] Maria.
[7] Abol.
[8] Mes.
[9] En.

plus car o venda que l costes, a aquela que o faria, v sols de gatges ; e que sia la tersa part al cosselh, e las doas parts al senhor ; e li pas qui i sera outra lo predigh gahan so encorregut per l'amor de deu as pauvres.

§ 70. — Des mesures (264). — L'emploi de fausses mesures, soit pour débit de vin, soit pour blé et huile, est puni d'amende et de la saisie des mesures pour être brûlées en place publique. — Toutes les mesures employées doivent porter l'empreinte des consuls. — Il est accordé un denier par mesure au forgeron pour frapper cette empreinte.

E qui venda vi ab[1] falsa mesura que l coste LXV sols que sio al senhor e tot lo vi del douzil en sus del vaissel[2] don lo vendra (265) ; e aquela mesura falsa que sia arsa en la plassa en despens d'aquel que la tenia. E tot taverners que tenga vi aia quart (266) e sas autras mesuras, e que l cosselh la(s) fassa senhar al faure ab lor senhal saubut e conogut, e que l faure n'aia[3] un diner de cada una mesura, e de cada un barril e de cada una comporta ; empero (que) no senha neguna mesura si l cosselh no la faia senhar ; e si o fazia[4], que l costes LXV sols de justitia que fos las doas partz al senhor e la terssa part as cosselhs. E neguna mesura de vi, ni de blat, ni d'oli, petita ni granda, ab que hom crompe ni vende, no sia bera si no era senhada ab lo senhal que auran ; e qui tenra falsa mesura, o fals pes, o falsa cana ab[5] que compre ni venda blad, o draps, o li autras causas de pes, que li coste XX sols, dels cals XX sols sio las doas partz al senhor e la tersa part al cosselh, e la falsa mesura, e l fals pes, fos ars en la plassa.

§ 71. — Des statuts municipaux. — Ils peuvent durer un an et embrasser toutes sortes d'objets, hors ceux qui sont réglés par la charte. — Les amendes prononcées pour contravention à ces statuts se partagent dans la proportion ordinaire, deux tiers aux seigneurs et un tiers aux consuls.

E acostumero e establiro que l baile (267) e l cosselhs pusco

[1] Ad.
[2] Baissel.
[3] N'aie.
[4] Fagea.
[5] Abs.

far e metre establiments cada an en aquo que l volran, li qual establimentz aio valor aitant quant (qu)ilh que l faran (seran) de cosselh en aquel an, aitant be cum[1] sera dregh e costuma; empero que no fosso ges[2] mes establimentz (sobre aquo) don sia facha costuma en aquesta carta; mas d'autras causas ne posquan far; e de totas pechas[3] que estabiiran en aquels[4] establimentz sobre alcunas causas sia la tersa part al cosselh e las doas partz al senhor.

§ 72. — Audiences sur la place. — Toutes les affaires doivent se régler par la coutume, et, en cas de silence, par le droit écrit.

Tot plagh e tota questio que sia demenatz e plageatz en lo meis castel de Laroca-Tighaud sio auzit, e determinat, e jutjat, en la plassa[5] cominal (268) del meis castel, de las causas e del[6] negoci del digh castel, e de la honor, e d'autres locs, qual plagh o questio que sio, e devant qui que sio; e que sio plagiat, jutjat e definit per aquelas costumas e per los establimentz del meis loc; e si no podio estre jutjatz per diversitat de cas que i abenguesso[7], des quals cas avenidors no fos fagh[8] mensios en las meissas costumas e els establimentz, que fo jutjiat per dregh escrios(269) o per baile, o per cosselhs, o per la cort del digh castel.

§ 73.— Des notaires. — Le bailli et les consuls pourront en établir quand ils le jugeront utile. — Attributions et salaires. — Il est dû acte, pour chaque convention, à la première réquisition adressée par l'une des parties contractantes à l'autre partie.

Acostumero li predigh senhor que (i) aia notaris[9] publiqs en lo predich castel, *quant sera ne tant melhuratz que posco far los*

[1] Comme.
[2] Le texte porte *deres*, qui n'a pas de sens. Je me suis laissé guider, pour le remplacer, par le sens évident de la phrase.
[3] Peteas.
[4] E d'aquels.
[5] Pasa.
[6] El.
[7] Abengeso.
[8] Fax.
[9] Notaria.

devers (270) del senhor e del cominal, e quan connoisserio[1] lo baile e ls cosselhs que sio fazedor; e que las cartas publicas que aquilh[2] notari faran aio aitant bona valor cum las cartas publicas fachas per las mas dels notaris d'Agen (271); e que aquilh notari aia aital franquesas que li notaris d'Agen; e que li notari aia salari rasonablament de las cartas que faran a bona fe, second que seran grandas o petitas; e se trop demandava, qu'en prengue[3] (per) razo, a conoguda del cosselh.

E que totz home o tota femna autreja carta a autre, quand lo demandera, de tota causa que n devra far per *feus* que n tenga de lui, o per *compra*, o per *do*, o per *pengh*, o per *deute* (272), o per autra causa que sio tengut far; e que lo baile e ls cosselhs l'en destrenga quand lor ne sera facha rancura; e si far no o volia que l costes x sols de gatge don fo las doas partz al senhor e la tersa part al cosselh; e puis que l'en autrejes carta en la manera que deura second lo fach per que l deuria autrejar la carta; e que li senhor e ls cosselhs fasse e meto los notaris; e si forfajo, que fosso punitz aissi cum li notari d'Agen.

§ 74. — Des extorsions de fourrages. — Elles sont interdites aux seigneurs et aux gens de leur maison. — Pénalités.

Neguts senhor, ni cavaler del dich castel, ni donzel, ni lors escuders, ni lors mainadas, ni autras personas no prenga l'autrui herba de prat, ni l'autrui pailha de pailher faghs, ni de maio, ni o fassa far a[4] rescot ni aparen[5] (273); e qui o faria que l costes v sols de gatges don fos la terssa part als senhors e las doas partz al cosselh per lor e per la garda, si era fagh de dias; e si es fagh de nogh que l costes, cum dessus es digh on[6] parla de panadis de nogh, qui que s fos aquel qui o faria o auria fagh far; e que renda per enmenda aitant o atretant[7] mais cum la

[1] Counesserio.
[2] Aquel.
[3] Preiso.
[4] Areocot.
[5] Presen.
[6] En.
[7] Aterquant.

causa panada valhia, sios fachas de dias o de nogh, e aitant e atretant del seu propre cum valhia aquel mal que fe.

§ 75. — Coups et blessures. — 20 sous d'amende et réparation.

E qui ferira[1] hom o femna del digh castel o de la honor e l'empenhera (274), et puis s'en clamara al baile lo feritz o en pejh[2] el tiratz, que l coste xx sols don sio las doas partz al senhor e la tersa part als cosselhs, e qu'en fassa la drecha a conoguda del baile e de l cosselh e (segon lor) taxatio[3].

§ 76. — Injures dites avec colère. — 5 sous d'amende.

E qui afoliava (275) home iradamens o dira injuria iradamens (a) son essiens, que l coste v sols que sio al senhor, si clamor n'es facha, e que fassa emenda e honnor (276) a aquel a cui o dis, a conoguda e per la taxatio del baile e del cosselh.

§ 77. — Retraits. — N'ont pas lieu pour vente de meubles.

E nulh home no aia torn en parentat, ni per als, de causas moblas.

§ 78. — Des indemnités pour délits commis. — Laissées à l'appréciation des consuls et recouvrables par voie de contrainte judiciaire.

E que los cosselhs jutjent, e presso, e fassa presar totas las malafachas que seran jutjadas[4] e presadas per lor e per aquels presers[5] que estabiran; e que n sio fagh per aco que il n'i diran; e qui no complira aissi cum ilh diran, que fos penhorat[6] per lor e per baile, e destreghs fortament.

§ 79. — Du ban (277) seigneurial. — Ne peut être apposé qu'après jugement préalable. — Infraction au ban seigneurial, amende de 65 sous. — Infraction au ban du seigneur censier, 10 sous d'amende.

E neguths senhor, ni donna, ni cavaler, ni donzel, ni senhor

[1] Feira.
[2] Penh.
[3] Lataxtio.
[4] Justas.
[5] Pees.
[6] Peniourat.

de feus, ni autre hom no meta ban en causa dels habitants en lo meis castel o en la honnor, mas per connoissensa et per jutjament del cosselh del meis loc; e si fazio ne[1] en autra manera, que no agues valor aquel bans; e qui enfranhera aquel ban jutjat e conegut aissi com digh es que l costes LXV sols de justizia, si li senhor o l baile li avio mes, e qui franhera ban de senhor de feus, can aissi sera conogut e jutjat per lo cosselh, que l costes X sols de gatge, li qual fos a aquel senhor de l feus.

§ 80. — Dessaisissement par autorité privée et par force est puni d'une amende de 65 sous, sur la plainte de la personne dessaisie.

Qui deserira home per sa authoritat d'aco que tendra e tolra forsadament la causa que tendra, que l coste LXV sols de justizia que sio del senhor del digh castel, si empero n'es facha rancura; e, si n'es facha rancura, quant lo rancurants o denuntiara quan ne sabria apertamens qui o auria faghs, una persona plus que l'autra.

§ 81. — De la mainlevée de saisie (278). — Le saisi peut l'obtenir moyennant caution.— La saisie sans autorité de justice est punie d'une amende de 5 sous, plus la réparation du préjudice.

E que tot hom e tota femna del meis castel e de la honnor pusca ma-levar sa penhora ab bonna fermansa que donne d'estar[2] a dregh, si penhoras no era per causa jutjada; e qui penhorara per son authoritat, que l coste V sols, e renda la penhora, e enmenda lo dan al penhorat, si clamor n'es facha.

§ 82. — Du vol qualifié Robe (279). — Peines, 65 sous d'amende, restitution et réparation.

E qui raubara que renda la raubaria, e que l costes LXV sols de justizia, e enmenda lo dan al raubat, e la injuria, si clamor n'es facha.

§ 83. — Des saisies. — Sont pratiquées par le bailli et les consuls pour exécution de jugements. — Peuvent l'être par le seigneur censier sur son fief. — Par les particuliers dans leurs maisons et sur leurs terres à la condition de tout apporter aux consuls.—Peines pour détournement des objets saisis.

Empero lo baile e ls cosselhs del digh castel pusco penhorar

[1] No.
[2] D'estada.

per causa jutjada e per contumacia, e senhor de feus per meissa manera en son feus, e tot home posca penhorar (280) en sa maio o en sa terra, empero que ades aporte las penhoras als cosselhs; e qui no[1] dara penhoras al baile e als cosselhs, que l coste xx sols don sio las doas partz al senhor e la tersa part al cosselh; e qui tornara (281) de lor voluntat la penhora en son poder quant[2] l'auria facha, que l coste xx sols don sio las doas partz al senhor e la tersa part al cosselh; qui tolra penhoras fachas al baile o al cosselh, que l coste LXV sols don sio las doas partz al senhor e la tersa part al cosselh; e qui tolra penhoras a senhor de feus, que l coste v sols que sio al meis senhor de feus.

§ 84. — De l'interpellation amiable (282). — Toute demande doit être précédée d'une interpellation adressée au défendeur. — Si celui-ci offre d'aller devant les consuls, la demande doit être arrêtée. — Dans le cas contraire, ou sur le refus d'en connaître fait par les consuls, elle doit suivre son cours.

E qui (se) volra clamar d'autrui del digh castel e de la honnor, que l'enquerra avan que s'en clame; e quant l'enquerra, si l'autre li presenta dregh devan lo cosselh e lo ferma be, que o prengua[3] e que no s'en clame entro que s'en pegue devan lo cosselh; e si fermar aissi no o vol, o si aprés las fermansas se peguabe a lui que no l fes dregh d'aquela causa devant lo cosselh, o si l cosselh no s'en volia entremettre de jutjar, o si no volia tenir lor jutjament, que d'aqui en la s'en pogues clamar senes enquesta, *o en autra manera s'en clamara*[4]. . . . . .
. . . . . .
. . . . . senhor.....

[1] Be.
[2] Que.
[3] Pengua.
[4] Cette lacune paraît provenir d'une lacération du manu-crit primitif; mais elle peut être facilement remplie à l'aide des Coutumes d'Agen. Voici donc le passage à restituer :

E aquel que en autra manera s'en clamara que no l'agues enqueregut, deu lo gitar de la ma del senhor, so es assaber, de V sols de gatge, e deu pagar a l'autra partida sas messios a esgart del senhor e de sa cort.

§ 85.— Le bénéfice du fournier est de 1 pain sur 17.— Celui du meunier, de 1 boisseau sur 16 (283).

Que tugh li pa que sera cugh en los forns del dich castel[1] per lo dezesete pa e per lo tornaire, e que autre munage no donne hom ; e si pa se perdia o s'afolava, que l forner o dobles a conoguda del coselh ; e que mola hom a totz los molis per lo seze boissel que hom ne donne entre blat e farina.

§ 86. — Révélations de dommages. — Tous les dommages commis par les bestiaux doivent être révélés sur-le-champ aux consuls, et dans la huitaine au garde.

E qui no digh tot a present al cosselh, o a la garda, dins VIII dias que auran (estat) feitas las malafachas de bestial, no fos creutz d'aqui en la.

§ 87. — Tarif des droits perçus sur la sortie des marchandises vendues aux étrangers.

Cum li senhor a ancianament rendas en las causas que li hom estranh trago del digh castel e de la honnor, blat o bestias, que donne (hom) issida (284) al digh senhor en aquesta manera : So es assaber

Que donne I diner de quada saumada o rossari que trago del digh castel e de la honnor, e si mens ne[2] traia que res no dongue.

E de cada conca[3] de blat a mesura d'Agen, I diner, e d'aqui en jos no donne res.

E I diner de quada porc, e de quada troja, o ovelha, o moto, o cabra, o boc.

E d'ase o sauma, o mul, o mula, IIII diners.

E de caval o ega que sio ferrat, VIII diners; e si no ero ferrat, IIII diners.

E de cada beu, o baca, si no era popan, diner.

E de bestial[4]..... donne hom res.

[1] Il y a ici un mot omis dont le sens doit être *cuisent*.
[2] No.
[3] Carga.
[4] Lacuna dans le texte.

E qui aquestas causas comprara en lo predigh castel o en la honnor, e las retraira, donnera, si[1] es estranh, las predichas issidas; e qui no las pagara aissi cum dich es avant que l'en traia del digh castel e de la honnor, que li costes v sols de justizia, e que la causa comprada sia encorsa.

E tot hom estranh que venda sal en lo digh castel e la i descargue[2] per vendre, que donne una palmada al senhor per leida.

E de tot porc o troja que sia vendutz o comensat a vendre a mazel en lo digh castel, que n'aia los ombles li senhor per leida; e que sia cominals als predighs senhors la predicha sal, la predicha yssida, e la predicha leida, e li predich nombles, e li predich pes, e la issida del mazel en aquela manera que es la justizia del meis castel als meis senhors.

§ 88. — Maraudages et dommages faits aux champs. — Institution d'un garde. — Serment de ce garde.

E tot home e tota femna que intrara en autrui cazal, o vinha, o prat, o en autrui malafacha, en pren frugh, o erba, o ortalessia, o autra causa ses voluntat d'aquel de cui sera, que donne v sols don sia la tersa part al senhor, la tersa part al cosselh, e la tersa part a la garda, la qual garda i meto quada an lo bailles e l cosselh essemps.

E aquela garda jure sobre sans que leialment se mentendra[3] en aquel offici e estat, ne dira e levara totz gatges, e no estimara[4] amic ni enemic, ni los gatges no laissara ses lo voluntat del baile e del cosselh, e que tendra bo compte de tot quant levara de pechas al baile e al cosselh, e lors ne rendra las doas partz leialement, e que la tersa part sia sua, e (que) lo senhor del bestial pague lo gatge que deuran, (e) que las bestias enmendo las malafachas que faran, e que donne si meis, si vol, la tersa (part) per la malafacha per sa noxa;

E que la garda e tot home del digh castel e de la honnor sia creutz per lo sagramen que a fagh al baile e al cosselh de tot homes, o femnas, o bestias que aia vistas en autrui malafacha

[1] Li.
[2] Decargue.
[3] Mendra.
[4] Estanbiera.

entro a la valor de v sols, et d'aqui en sus que fos proat com deura.

Si beu o baqua intre en autrui malafacha de dias, que coste VI diners, — la cabra e boc e moto, I diner, — e azes[1], I mailha, — e caval o rossi e ega, VI diners — e sauma o aze o mul o mula que no sio popans, a cada un, IIII diners — e porc e traja, II diners; e tot home e tota femna del digh castel e de la honnor que pague las pechas, e fassa las emendas aitant la us com l'autre, e que nulla persona no sia exceptada[2], e que[3] l cosselh e la garda pusco penhorar[4] (e) arestar totas las bestias de qui que sio quand auran facha malafacha entro que li senhor de qui las bestias sio aio la malafacha enmendada e pagat lo gatge (285).

§ 89. — De la garde du bétail sur le terrain d'autrui pendant la nuit. — Amende.

E tot home que gardera bestias en autrui prat deffendut de nugh, e en autrui feuer, o en cazal, o en vinha, o en autra malafacha, que donne v sols de gatges, e cada una d'aquelas bestias, XII diners.

§ 90. — De la dot. — En cas de prédécès de la femme, la dot mobilière reste au mari. — En cas de prédécès du mari, elle revient à la femme doublée par l'augment. — La dot immobilière revient aux héritiers de la femme, qui ne peut léguer à son mari qu'une somme en argent équivalente au plus à la moitié de la valeur de l'immeuble dotal. — Les conventions matrimoniales doivent être exécutées.

Tot lo moble que sera donat en dot sia d'aquel que penra la molher per far sas volontatz[5], si la molher moria avant que el; e[6] si lo marit moria prumers que ela, que (ela) cobres avan totas personas totas las causas moblas, si l'auria donadas; e si era pusella quand l'a pres, que l doble sos diners, si enfan agut no avia, o si enfan no restaba vios; si la molher moria avans que (lo) marit, que totas las heretatz torneso al plus pro-

[1] Il doit y avoir erreur : c'est *ovalha* qu'il faudrait.
[2] Establida.
[3] Aquel.
[4] Pentiar.
[5] Supprimé ici *e* qui m'a paru inutile.
[6] O.

jadas parens *del linatge*[1] *del qual* (era) estada aquella heretat; mais si la molher laissava en son darrer ordenh a son marit sobre aquela heretat, que aio valor aquela laissa, empero que aquellas heretat valio mais la mitat que aquel dinier; (e)en autra manera la molher no pogues far laissa[2], e, si o faia, que aquella laissa no valgues; empero si autre coven ero estat fagh entre lo marit e la molher quant prumeramentt s'ero maridatz entre lor, que aquel coven aia valor (286).

§ 91. — Saisies pour dettes. — Délais pour pouvoir vendre. — Objets insaisissables.

Qui non poiria pagar sos deutes de sas causas moblas aia terme de XL dias, si o requer, per vendre heretatz, e jure sobre sans evangelis que dins aquel terme l'aia venduda; empero si aquel a qui devra lo deute pot mostrar causas moblas que sio suas don lo pogues pagar (287) li bailes l'enfassa pagar; e si no a causas moblas ni heretatz, jure sobre sans evangelis[3], *cada mes avenidor*[4], que no a V sols ni plus, e tot quant poiria aver, otra sas messios e de sa mainada razonablas, lo renda entro del tot l'aia pagat; e que hom no penhora als homes ni a las femnas del digh castel ni de la honnor los draps de leghs on jaïra, ni sas armaduras, ni sos ants de son mester, ni vestir de son cors d'hom o de femna (288); e se es[5] deute por bestias que n'aia compradas[6] e no pot pagar, que l bailes, si n'a clamor, venda aquela bestia per tant quant valra (a) aquel de cui la compret devant totas personas.

§ 92. — Du combat judiciaire. — N'est admis que dans le cas de trahison et dans deux cas: 1° si l'accusé n'a opposé qu'un simple déni sans aucune réserve; 2° du consentement de ce dernier (289). — Allusion à un règlement spécial sur cette matière en Agenais.

E hom del digh castel ni en la honnor no sia tenguts que s

[1] Au lieu des mots soulignés, on lit dans le texte: *De lis de bas la quella.*

[2] Fa laissar.

[3] *Que* supprimé comme inutile.

[4] *Alezedor.* Le texte de Puymirol porte tout simplement *de mes en mes*, DE MOIS EN MOIS.

[5] Du.

[6] Agudas.

combata, si no s vol, quand sera apelatz de traisso per batalha, mas solament en duos cas, so es assaber, si hom l'apela de traisso en cort, e l digh que es traisser, e l'apelat li respond a negament senes meja; adonx i sia batalha; e si l'apelat vol la batalha, que adonx sia la batalha. E que li senhor del digh castel tenga bona cort e segura, e que fasso e acomplisso aissi cum es (digh) en los fors (e) en las costumas d'Agenes en fagh de batalha (290).

§ 93. — Droits d'usage dans les forêts du seigneur.

E tugh li home del dich castel e de la honnor aia lor calfatge (291), e fustas, e lenhas a lors propris viatges[1] en los bosc que son propris del senhor del dich castel, e pastenghs a lor bestial que tenran en lors ostals per totas las terras hermas que son propris al meis senhor de lor taula, e n'aio d'aqui fustas a lor vaissel e a lors maios per lor propris viatges, mas no pusco revendre ses la voluntat del senhor del digh castel del cal sera tota aquela terra.

TOTAS e cadunas las predichas causas autrejero, e acostumero, e meso establida en costumas perdurablas per totz temps li predigh senhor de Larroqua-Tigbaut, so es essaber, en Amelh de Larroqua, en Galhard de Larroqua, en Jordas de Larroqua, en Garinas[2] de Larroqua e la dona na Serena, sa sor, e en Pan de Forcas[3], son marit, en Tigbaut de Larroqua, (e) per lor e per totz lors successors las donnero e las autrejero als habitants e habitadors en lo meis castel e en la honnor, e a totz aquels que seran del sagrament del digh castel;

E li habitant del poble del digh castel recevo ne per lor e per lors successors, totas las predichas costumas, e s'en tengo per be pagat, e juro corporalment sobre sans evangelis de Deu en la glezia de nostra donna Sancta Maria del Puch de Larroqua-Tigbaut, e sobre l'autar de la meisa glezia, e promeso ab bonna e ferma e leial estipulatio entre lor tugh li predigh senhor e la predicha donna e l cominal e li prohome del digh castel, so es essaber, Guillem de Puchbarsac, G. de Lari, E. Mox, e

[1] Plus probablement *usatges*.
[2] N'.
[3] Armas.
[4] Le préambule le nomme *Pan de Forcasson*.

autres tugh e cadaus li predigh senhors, e li predigh prohomes, (e) tot lo pobles del digh castel promesero enqueras mais entre lor, (e) juro sobre sans evangelis de Deu e sobre lo predich autar, si cum dessus es digh, per lor, e per totz lors successors, que las predichas costumas, e totas e cadaunas las causas en aquesta present carta contengudas auran[1], tendran, e gardaran, e compliran fermament (e) stabliment per tot temps, e que ja de contra no vendran, ni faran per negu dregh, ni per neguna razo, ni en neguna manera; e messo en aquestas costumas li predighs senhors que li[2] molher, e li enfants, (e li) mainadas de los juratz del digh castel e de la honnor de Larroqua-Tigbaut sio tugh e totas, tant quant estaran ab lui de cominal, de las franquessas del predigh castel, aitant be que li senhor ab cui estaran tant quant estaran ab lo dich senhor, aitant be cum si avian[3] juradas aquestas costumas, empero que juraran[4] be per meis sagrament que li autre, quand lo bailes e ls cosselhs los o mandrio.

ARTICLES SUPPLÉMENTAIRES[5].

1° E qui traira cotel o espasa... del digh castel e de la honnor, sio home o femna... sols arnaldens, si clamor n'es facha, a la conoguda de la cort.

2° E qui en la cort del baile e del cosselh commensa contentio ni peleja, que l coste VI sols, ses tota clamor, dont sio las dios partz al senhor e la tersa al cosselh.

3° E qui pelejara en la cort del baile e del cosselh après que l'o aio deffendut lo bailes e sa cort e li senhor del meis loc, qu'en coste XX sols de pena, ses tota clamors, dont sio las doas partz al senhor e la tersa al cosselh.

4° E si aquet que seria estat en aquela contenta s'en clamava

[1] Asiran.
[2] La.
[3] Abias.
[4] Jurero.
[5] Ces articles sont évidemment de rédaction postérieure à la charte de 1270 : ils durent être ajoutés à cette charte lors du *translat* ou transcription sur le registre où elle a été trouvée. Mais au lieu de les insérer à la suite de l'acte, on imagina de scinder le protocole final pour y intercaler ce hors-d'œuvre.

al baile, que lo vencutz[1] pagues al baile (per) la justizia d'aquel clamor oltra los predighs XX sols e los predighs XX sols de pena.

5° E qui feria home en la cort del senhor d'aquel loc o del baile o del cosselh, que l coste LX sols, si clamor n'es facha, si empero lo fach iradament, dels cals LX sols sio las doas partz al senhor e la tersa part al cosselh.

AYSSO fo fagh e acordat en la predicha glezia VII dias a l'issit de mai, cujus rei testes fuerunt Pont caer, Simo del caslas, (rector) ecclesie supradicte, dominus Hugo de Lamotha, miles, Seguinus Trocet, dominus Aimericus de Faigarollas, miles, magister Guillelmus de Monqui, lo paire, Estephanus Boer, Vitalis Boer de Bonassies, Arnaldus de Baiolmonte et ego Pontius Meinardi communis notarius Agenni qui hanc cartam inscripsi utriusque consensu, anno a generatione Domini M° CC° LXX°, regnante Alphonso[2] Tholosano comite et Petro[3] episcopo Agennensi.

[1] Benuts.
[2] Alphouse, comte de Poitiers et de Toulouse, mort en 1271.
[3] Pierre de Gerlandi, élu en 1264 et mort en 1271.

NOTES.

(262) *Mazel*, et quelquefois *mazet*, boucher. En latin, *macellarius*, *macellator*, *macella*, *maselayria*. Voir Ducange, bis vis.— Le régime des boucheries au moyen âge était, sauf quelques exceptions, ce qu'il est encore aujourd'hui. Les bouchers apportaient leur viande au marché, où elle était étalée sur des bancs, dits *bancs mazerers* ou *mazeriers*. La construction de ces bancs, qui, dans beaucoup d'endroits, étaient établis à demeure, était presque toujours faite aux frais du seigneur qui en retirait un léger prix de location. Ce prix figure fréquemment parmi les revenus seigneuriaux. La viande ainsi étalée devait être saine et de bonne qualité, ce qui entraînait, pour l'autorité locale, le droit et le devoir de la faire visiter. Enfin, les bouchers étaient soumis à la taxe, et cette taxe était faite de façon à leur assurer un bénéfice légitime. Dans quelques villes, ce bénéfice était d'un denier par sou, environ 8 1/2 pour 100. On voit, par cet article, qu'à Larroque c'était une somme fixe, 4 sous, en sus du prix d'achat, plus quelques parties peu recherchées et vendues à vil prix ailleurs qu'au marché, telles que la tête (*lo cap*), le cou, le ventre et le derrière (*lo cul*). — *Carn milhargasa*, viande gâtée, forme adjective de *mizel*, *mezel*, *mesiaux*, autrement *lépreux*. Voir Ducange, vo MEZELLUS. — *Malaria*, *malatia*, *maladie*.

(263) Littéralement des *pétrisseuses*, de *pistare*, pétrir, faire de la pâte. Voir Ducange, vo PISTORESSA. — Ce travail devait être exclusivement abandonné aux femmes, car il est rarement question des boulangers dans les coutumes. Le régime de la boulangerie était réglementé tout aussi bien que celui de la boucherie, et le principe de la taxe y était également appliqué. Le bénéfice de la boulangerie était, à Larroque, de 12 deniers ou 1 sol par *cartera*. Cette mesure est encore en usage dans le pays sous le nom de *quartail*. Sa capacité varie de commune à commune. Elle est à Larroque de 88 litres. Le bénéfice était donc, d'après les calculs faits plus haut, de 2 fr. 32 c., valeur intrinsèque. Dans le dernier état des taxes municipales, il n'était que de 1 fr. 50 c. La coutume de Preyssac ne parle pour tout bénéfice que du son, de la basse farine et du prix du sel, art. 19. — *Bren*, son, résidu de la farine. Ducange, vo BREN.

> Qui giete la blanche farine
> Fors de lui et retient LE BREN.
> GUYOT DE PROVINS.

Semblés, en latin, *siminellus*, voir Preyssac, *ibid.*, note 2.

(264) Les mesures dont on usait au moyen âge, portaient presque partout les mêmes dénominations, mais leur capacité variait singulièrement de province à province, et de localité à localité. Sous le prétexte d'empêcher la fraude, chaque seigneur avait en sa possession les mesures destinées à servir d'étalon et les faisait apporter sur le marché, où elles servaient à mesurer tout ce qui était vendu sur la place publique. Cette opération donnait lieu à la perception d'un droit dit *de mesurage*. Quant aux marchandises débitées en magasin, il était impossible d'appliquer cette manière de procéder, incompatible avec un commerce régulier, mais on

forçait les marchands à prendre des mesures conformes à l'étalon seigneurial. Cet étalon était déposé entre les mains de la municipalité, et la preuve de la conformité résultait d'un signe extérieur, *seing* ou *senhal*, apposé par un forgeron. Ce système est encore celui qui se pratique de nos jours, avec cette différence, que le signe grossier du forgeron est remplacé par le poinçon du vérificateur. Voir Beaum., chap. XXVI, *Des mesures et des poids*, t. I, p. 370; *Cout. d'Agen*, chap. III.

(265) Ce passage n'est pas fort clair. Voici comment s'exprime la coutume d'Auch pour rendre la même idée : *Amittat vinum à clepsidrâ per quam exit vinum de dolio*, art. 47. Le *douzil*, en latin *ductilis* ou *docellus*, voir Ducange, v° DOCILLUS, et en latin plus recherché *clepsidra*, voir Ducange, bis v°, était un petit morceau de bois à l'aide duquel on fermait hermétiquement un trou pratiqué dans une barrique. En retirant ce morceau de bois on rouvrait ce trou, et, le vin s'écoulant presque en entier, il ne restait que ce qui se trouvait au-dessous de ce trou, et qui devait être fort peu de chose. — *Vaissel* de *vas*, *vaissela*, désigne la futaille destinée à renfermer le vin. Nous disons encore aujourd'hui la *vaisselle vinaire*. Voir Ducange, v° VAISSELA. — A Agen, on brisait la mesure au lieu de la brûler : *E la mezura sera peciada*. Voir *Cout. d'Agen*, chap. XII.

(266) Mesure vinaire, ainsi nommée, à ce qu'on croit, parce qu'elle était un quart du tonneau. Dans certaines contrées de la France, on vend encore le vin par *quartaud*. Voir Ducange, v° QUARTALE. — Ce *quart* ou *quartaud* se divisait en *barrils* (*barellus*), et en *comportes*, dénominations encore en usage dans le pays. Voir Ducange, v° BARELLUS.

(267) Les coutumes d'Agen n'admettaient pas l'intervention du bailli dans les actes émanés de l'autorité municipale; ils y admettaient seulement les notables de la ville : *Lo cosselh pot far ab los proshomes establiment à Agen*, chap. XXIX. — Mais ce principe n'était pas suivi, et partout ailleurs on exigeait la présence du représentant seigneurial. — *Establiment*, en latin *stabilimentum*, mot devenu célèbre par le titre donné au livre qui porte le nom d'Établissements de *saint Louis*; il signifiait tout simplement *ordonnance*, *statut*, *acte de l'autorité publique*. Ce n'est probablement pas sans résistance que les seigneurs purent se décider à partager avec leurs vassaux une de leurs plus précieuses prérogatives. Le droit attribué à l'autorité municipale de procéder par voie de *statuts* s'est conservé jusqu'à nos jours, seulement ces *statuts* prennent la dénomination d'*arrêtés*. Ils sont garantis par l'article 471, § 15, du Code pénal.

(268) L'habitude de tenir les audiences sur la place publique était générale au moyen âge. A Lectoure, les seigneurs s'assemblaient sur la grande rue : *Li senhor devon tenir lor cort en la carrerra major*. Montlezun, *Hist. de Gascogne*, t. VI, p. 81. — Le chêne sous lequel saint Louis rendait la justice en compagnie de Pierre des Fontaines et de Geoffroy de Villette est devenu historique, *Mém. de Joinv.*, liv. I. — Ce prince rendait également la justice dans son jardin : *Aussi plusieurs fois ay veu que, ou dit temps d'esté, le bon roy venoit au jardin de Paris..., et là faisoit despêcher son peuple diligemment, comme vous ay davant dit du bois de Vincennes.* Joinv., *ibid.* — Au seizième siècle cette simplicité primitive était tombée

dans le ridicule, et les juges de village, qui continuaient à siéger sur la place, avaient reçu le nom de *juges sous l'orme*. Le simple choix du lieu indique suffisamment que la publicité devait y présider à tous les débats, plaids ou questions. Le mot *questio* employé dans l'article, signifiait tout simplement *querelle*. Voir Ducange, vis QUESTIO et QUÆRELA.

(269) Ainsi, dans le silence de la loi locale, il fallait recourir au droit écrit, c'est-à-dire au droit romain, ou tout simplement *au droit*. Ce principe se trouve consacré par un très-grand nombre de coutumes méridionales, et on peut le considérer comme étant de droit commun dans le Midi ; il témoigne au reste du progrès des études juridiques à cette époque ; il fallait, en effet, que le droit romain fût bien répandu pour qu'il pût être invoqué dans de modestes juridictions comme celle de Larroque, dont il n'est pas d'ailleurs inutile de faire remarquer la variété. Tantôt c'est le bailli seul qui juge ; tantôt ce sont les consuls, également seuls ; et tantôt enfin c'est la cour générale des seigneurs. Il y a là des nuances infinies de compétences et d'attributions.

(270) Le texte de ce passage est ainsi conçu dans le manuscrit : *Quand sera enfant melhur ax que posco far leurs vers*. Un pareil texte demande évidemment une rectification. Je l'ai essayée, non sans hésitation, et je donne la mienne pour ce qu'elle vaut. Elle repose sur la supposition d'une paraphrase du mot *idonei*, ou du mot *sufficientes*, qu'on trouve quelquefois dans les chartes au sujet des baillis, des consuls et des délégués de l'autorité publique.

Les notaires primitifs, appelés plus ordinairement *clers*, parce qu'ils appartenaient d'ordinaire aux ordres inférieurs du clergé, étaient tout simplement les secrétaires des seigneurs. En cette qualité, ils dressaient acte de leurs jugements quand ils en étaient requis, et y ajoutaient le sceau seigneurial dont ils avaient la disposition. Leurs fonctions étaient donc les mêmes que celles que nous attribuons aujourd'hui aux *greffiers*. Ces actes étaient délivrés en brevet, et rien n'indique qu'ils eussent alors l'habitude d'en retenir *note* ou *minute*. Indépendamment de leurs jugements, les seigneurs attestaient par la présence de leur sceau la sincérité des conventions faites par eux-mêmes et par leurs vassaux. Voir Beaum., chap. XXXV, art. 18, t. II, p. 48. — Il était naturel que les notaires dépositaires de ce sceau écrivissent eux-mêmes les actes auxquels ils devaient donner ce cachet d'authenticité. Les villes, en devenant des personnes civiles, voulurent aussi avoir des sceaux. Par suite, il leur fallut des notaires pour en faire l'apposition au bas des actes. Mais cette apposition était une source de dépenses considérables; pour s'y soustraire, les parties renoncèrent à la réclamer, et se contentèrent du paraphe, *seing* ou *senhal* du notaire : de là la formule qui terminait alors leurs actes : *In præsentiâ testium et ejus notarii qui hanc cartam scripsi et signo meo consueto notavi*. Suivait un signe bizarre inventé par le caprice, et dont on s'épuiserait en vain à rechercher le sens.

(271) *Plenera auctoritat de far generalment e universalement cartas, instruments, notas, prothocols, actes escriure, testimonis examinar e publicar aquels*. Cout. d'Agen, chap. XLIX.

Pour cette autorité attachée aux actes des notaires, on lit dans la *Coutume de Solomiac* (Gers), de 1327 :

Instrumenta facta a publicis notariis illam habeant firmitatem quam publica instrumenta. Sol., art. 24 ; Bladé, Cout. munic. du Gers, p. 167.

Quant aux franchises des notaires d'Agen, elles consistaient dans l'exemption de toutes charges municipales : *e li notari devo estre franc de questa et d'ost de vila.* Cout. d'Agen, *ibid.* — A Agen, enfin, les notaires étaient soumis à un tarif dont le taux le plus ordinaire varie de 2 à 4 deniers. On n'y trouve qu'une seule espèce d'actes tarifés 10 sous.

(272) *Tarif d'Agen*, chap. L.

De carta de reconnoissensa de feus. . . . IV diners.
De carta de vendas de terras. . . . . IV diners.
De carta de penhs (gage mobilier). . . *II diners.*
De carta de deute. . . . . II diners.

On n'y trouve rien de formel sur les actes de donation compris probablement dans les *cartas d'ordre* ou de testaments, et portés au maximum de 10 sous. L'obligation imposée aux notaires, sous des peines sévères, de prêter leur ministère, est empruntée aussi aux Coutumes d'Agen : *Si anar no i volia, el estara en la merse del coszelh en voluntat de perdre l'offici de la notaria.* Cout. d'Agen, chap. L. — Les autres peines indiquées à la fin de l'article comme appliquées à Agen dans les cas de forfaiture, devaient résulter de l'usage, car les coutumes de cette ville sont muettes à cet égard.

(273) Les délits commis *à rescot* étaient des délits cachés, faits en secret, de *recondere* et par corruption *réscondere*, cacher. Les enfants du pays appellent encore le jeu de cache-cache *rescondail*. Par contre, les délits commis publiquement étaient qualifiés d'*apparents*, *apparenter*, *per visum*, au vu et au su de tous. Voir Ducange, v° APPARENTER. — Cet article offre beaucoup de conformité avec l'article 33 des coutumes de Prayssas. Le principe d'ailleurs en était généralement appliqué, et on le retrouve dans l'article 388, § 3, du Code pénal. — *Escuders*, de *scutum*, écuyers, en latin *scutiferi*. Voir Ducange, his v^is^. — *Mainadas*, maison féodale ou militaire, composée de tous les officiers, agents et serviteurs de toutes sortes. On dit encore aujourd'hui dans le même sens *la maison de l'empereur*. En vieux français, cette maison se nommait *mesnie* ou *mesnée*, et on en a fait le mot moderne *ménage*. Voir Ducange, v° MAISNADA.

(274) Cet article n'est que la reproduction, avec abaissement notable dans la peine, du paragraphe 62 ci-dessus. *Empenhera*, au lieu de *pisigera* ou *enpejosera*, voir Ducange, v^is^ PEJORARE, ENPEJORARE, paraît une mauvaise lecture. Il en est de même de *tirat en penh* pour *tirat en pejh* ; *in pejus*, en vieux français *méhaignié* ou *méhainnié*. Il s'agit probablement de blessures légères.

(275) Probablement *afoliara*. *Afoliar*, ou plutôt *foliar*, *folliar*, en vieux français *follier*, c'était adresser des reproches, *convicia*, et par suite des paroles blessantes. Voir Ducange, v° FOLLIS, n° 3. — On lit dans les *Établissements de saint Louis : Se aucun apele un autre faus, ou larron, ou meurtrier, ou aucune autre* FOLIE *vilene*, liv. I, chap. CXLVIII.

(276) *Amende honorable, réparation d'honneur.* C'était ce que, dans l'ancien droit, on appelait *amende honorable sèche.* Voir Ferr., *Dict. de pratique*, v° AMENDE. — Cette peine se retrouve dans l'article 226 du Code pénal, mais elle tend à tomber en désuétude. Les tribunaux n'en font que de rares applications.

(277) Ce *ban* n'est autre que ce qu'on a appelé plus tard *saisie féodale.* Elle consistait dans la main-mise du seigneur sur l'immeuble sujet aux droits féodaux non acquittés. Le seigneur restait en possession jusqu'à acquittement, à la différence de la saisie, *penhora*, qui pouvait être poussée jusqu'à l'expropriation. Cette main-mise s'opérait au moyen d'un signe extérieur planté sur l'immeuble et qui en interdisait l'accès à tout le monde. Ce signe était comme une proclamation publique, et c'est de là que ce genre de saisie paraît avoir tenu sa qualification spéciale de *ban*. *Bannus*, en effet, ou *bannum*, était, comme dit Ducange, v° BANNUM, un acte de l'autorité publique, *edictum publicum, proclamatio, statuti proclamatio.* Nous disons encore aujourd'hui dans le même sens *les bans de vendange, les bans de mariage, l'infraction de ban*, etc. Le droit de mettre le ban sur une terre était un droit dont les seigneurs étaient extrêmement jaloux. Ainsi, on lit dans les *Établ. de saint Louis*, liv. I, chap. XXIV : *Li rois ne puet metre ban en la terre au baron sans son assentement, ne li bers ne puet metre ban en la terre au vavasseur.*

(278) Tout le monde sait ce que c'est qu'une mainlevée de saisie, mais il peut paraître étrange que cette mainlevée puisse être exigée du créancier moyennant une simple caution. Au moyen âge, les droits des créanciers n'étaient pas favorables : les mesures coercitives l'étaient encore moins, et il paraissait tout simple d'en atténuer les effets. Des dispositions comme celles de notre coutume étaient très-communes. Voir Ducange, v° MANU-LEVATIO. *Se li accusés pot livrer pléges de la valeur que li seigneur tiennent saisi, recréance* (restitution) *li doit estre fete des coses saisies.* Beaum., chap. LI, art. 3; t. II, p. 274.

(279) La *raube* paraît avoir été un vol d'une nature particulière, consistant principalement en ce que les victimes de ce vol étaient dépouillées de leurs vêtements, ce qui ne pouvait se faire qu'autant que la personne dépouillée se trouvait hors de son domicile, dans des lieux et dans des conditions où il lui était difficile de se défendre. Il paraît correspondre, sauf la peine, à ce que les *Établissements de saint Louis* nomment *eschapelerie* ou enlèvement de l'*écharpe.* On s'étonne de voir réduire à une amende la peine d'un crime aussi grave, pour lequel les *Établissements* prononcent la peine de mort. Voir liv. I, chap. XXVI. — Ce mot *raube* paraît venir d'un vieux mot tudesque *raub* ou *raup*, fréquemment employé dans les lois barbares pour exprimer la spoliation. Voir Ducange, v° RAUB. — Nous avons fait de ce mot le mot *dérober.* On trouve dans les coutumes de Bordeaux une espèce de définition de ce vol : *Nuls hom no s pot aperar raubat de jorns, e la rasson es que de jorns tot lo mont ac pot veder, e pot hom cridar biaffora ajuda.* Cout. de Bord., § 32; édit. Lamothe, t. I, p. 29. — Il suit de cette définition que la *robe* était un vol de nuit, ou un vol commis dans des circonstances où il n'était pas possible d'appeler du secours.

(280) La *penhora*, en latin *pigneria* ou *pignoria*, était la saisie mobilière. Ce mot dérivait de *pignus*. Voir Ducange, *his v^is^*. — Il ne doit pas être confondu avec le *penhs*, gage, qui cependant dérivait de la même source.

(281) Le mot *tornar* signifiait habituellement *retraire*, d'où *torn*, retrait. Il pouvait aussi signifier *divertir*, *détourner*. Il ne peut être pris ici que dans ce dernier sens. Voir Ducange, v° TORNARE.

(282) Cette interpellation tenait lieu de notre procédure en conciliation. Voici en quoi elle consistait. L'individu ayant une réclamation à faire allait trouver son adversaire en voisin, *vesinalment*, et lui adressait amiablement sa demande. C'était ce qu'on appelait *enguerre*, *enquérir*, *inquirere*, de *quærere*, chercher, demander. Si le voisin interpellé prenait condamnation, tout était fini ; s'il contestait, il pouvait offrir un arbitrage confié aux consuls. Cette offre, quand elle était accompagnée d'une caution, ne pouvait pas être refusée. Cette formalité avait un double avantage : 1° de se soustraire aux droits onéreux attachés à la marche d'une procédure régulière ; 2° d'ouvrir aux consuls des occasions de faire acte de juridiction en matière civile. On la retrouve à *Agen*, chap. v ; à *Sérignac*, chap. XXXVIII, et dans une foule d'autres textes appartenant à la France méridionale. Les mots *s'en pengne*, *se pegnabe*, sont dans le texte. J'ai dû les reproduire, mais je n'ai pu les retrouver dans aucun dictionnaire. Ils paraissent devoir signifier *se plaindre*.

(283) Les habitants de Larroque étaient soumis, comme ceux de toutes les autres villes voisines, au régime des banalités. Dans cette situation ils avaient intérêt à diminuer autant que possible le bénéfice des meuniers et des fourniers, bénéfice qui se prélevait en nature. On voit, par ce texte, qu'il était réglé, pour les fourniers, à 1 pain sur 17, soit 5 1/2 pour 100, et pour les meuniers, à 1 boisseau sur 16, soit environ 6 pour 100. En tout, mouture et cuisson, 11 1/2 pour 100. Avant la liberté de la boulangerie, on passait aux boulangers d'Agen environ 11 pour 100 par hectolitre. Le régime des banalités n'était donc guère plus onéreux que celui de la taxe. Reste à apprécier celui de la liberté.

(284) *Issue*, *sortie*. Voir Ducange, v° EXITUS, n° 4. — Ce mot signifiait aussi *revenu*, *rente*, *profits habituels*. Dans ce dernier sens, il pourrait s'appliquer aux entrées de marchandises, et aux ventes sur place plutôt qu'aux sorties.

Saumada, charge à dos d'âne. Voir Ducange, v° SAGMA.

Rossari. Le texte porte *rossavi*, charge de petit cheval appelé *rossin*, *roussin* ou *roncin*, dont nous avons fait *rosse*. Voir Ducange, v° RUNCINUS.

Conca. Le texte porte par erreur *carga*, mesure ordinaire pour les grains en Agenais. Voir *Cout. d'Agen*, chap. III.

Troja, truie. Voir Ducange, v° TROIA. On dit encore dans le pays *trejo* ou *troujo*.

Ovelha, brebis. Voir Ducange, v° OVILHA. On dit encore dans le pays *ouilho*.

Moto, *cabra*, *boc*, mouton, chèvre, bouc.

Ase, âne, de *asinus*.

Sauma, ânesse.

Ega ou *equa*, jument. D'où on avait fait *haquenée*. Les droits variaient suivant l'âge. Les chevaux jeunes n'étaient point ferrés.

Beu, baca, bœuf, vache. *Beu popan*, veau encore allaité.

Palmada, mesure spéciale du sel. *Quantùm salis palma manûs continere potest*. Ducange, v° PALMA.

Leida. Nom général donné aux droits levés sur la vente des marchandises. Voir Ducange, v° LEUDIS.

(285) Les dispositions de cet article se retrouvent dans presque toutes les chartes de coutumes, avec plus ou moins de détails. Elles ont passé dans les articles 388 et 475, § 10 et 15, du Code pénal. — *Casal*, jardin, mot encore en usage dans le pays. — *Ortalessia*, jardinage, de *hortus*; — *pecha*, produit des amendes inférieures. *Noxa*, même sens ou à peu près. L'institution des gardes champêtres est, comme on voit, très-ancienne. Peu de coutumes cependant en parlent d'une manière aussi explicite.

(286) Cf. *Coutumes d'Agen*, chap. XXVII. — Presque toutes les coutumes de l'Agenais et des provinces voisines ont un article sur la dot, et les principes sont partout les mêmes. Les coutumes d'Agen ajoutent que la dot est inaliénable : *Lo marit pot aver e possedir e uzar e espleitar... pero senes alienar*, chap. XXVII.

(287) Il y a ici, dans le texte, une forte omission. Je l'ai réparée à l'aide des coutumes de Puymirol, art. 42, où se trouve un texte à peu près identique. On retrouve ici cet esprit coutumier toujours favorable au débiteur. Cf. *Agen*, chap. XXIII. — On lit dans Beaumanoir : *Quant aucuns doit... se li mueble peuvent suffire, li héritages doit demourer en pes, et s'il ne pot soufire, adont le doit on contraindre qu'il ait vendu son héritage dedeus 40 jors.* Beaum. chap. LIV, art. 1 ; t. II, p. 307. — L'esprit de ces dispositions a passé dans l'article 1244 du Code Napoléon.

(288) La liste des objets insaisissables variait naturellement selon la condition du saisi. Les coutumes d'Agen et de Puymirol, applicables en majeure partie à de pauvres gens, se livrent, à peu de chose près, à la même énumération, à savoir : le lit ou l'on couche, *on jaïra*, de *jacere* ; les armes, *armadurás*, dont chacun devait être pourvu soit pour sa défense, soit pour la défense générale du fief ; les outils, *los ants*, appelés aussi *ferraments* ou *ferraduras*, parce qu'ils étaient généralement en fer ; ses vêtements indispensables, *son vestir*. Ces dispositions sont entrées, sauf les armes, dans l'article 592 du Code de procédure civile. Les *Établissements de saint Louis* y ajoutent, pour le gentilhomme, *son palefroi*, le *roncin* ou cheval de son écuyer, deux selles, son costume d'apparat, *sa robe à contoyer*, un *fermail*, un anneau, *anel*, et pour sa femme une *robe*, une ceinture, une *aumonière*, un *fermail*, ses *guimpes* et ses bijoux, *joyaux avenants*. Establ., liv. I, chap. LIV et LXIII. — D'après Beaumanoir, on ne pouvait rien saisir dans la chambre des dames : *Defense est fete que por dete on ne voist penre en cambre à dame, ne de damoisele, ne de feme qui gise d'enfant.* Beaum., chap. LIV, art. 7 ; t. II, p. 313.

(289) La trahison était le meurtre ou l'agression sans aucune manifestation antérieure qui pût mettre la victime en mesure de se garder : *Traïsons, si est quant on ne monstre pas sanllant de haine et on hei mortellement,*

si que par la haine on tue ou fet tuer ou bat ou fet batre. Beaum., chap. XXX, art. 4; t. I, p. 412. — Ce crime était réputé le plus grave de tous les crimes, et la preuve pouvait en être faite par le combat. Vers la fin du treizième siècle, ce mode de preuve, si populaire dans les siècles précédents, tendait de plus en plus à disparaître. La noblesse seule paraissait y attacher quelque prix. L'idée de n'emprunter qu'à elle-même et à son épée la justification de son droit plaisait encore à son orgueil, mais l'expérience n'avait pas laissé que de l'avertir des périls d'une semblable procédure. En conséquence, elle y avait à peu près renoncé en matière civile. Quant à la bourgeoisie des villes, ce mode de preuve paraît lui avoir toujours plus ou moins répugné. L'habitude et les mœurs ne permettaient pas de la repousser ouvertement, mais on s'arrangea de manière à en rendre l'application très-rare. On voit, par ce texte, calqué en grande partie sur le chapitre LI des coutumes d'Agen, que le duel ou combat judiciaire n'était admissible que dans les accusations de trahison : encore fallait-il, pour qu'elle fût admise, que l'accusé y consentît ou répondît à l'accusation avec une légèreté équivalente à un consentement. La règle tracée dans cet article se retrouve dans presque toutes les coutumes méridionales, et l'on peut dire qu'elle était de droit commun dans le Midi, où du reste ce mode de preuve ne tarda pas à tomber dans un complet discrédit.

(290) Chaque province, ou à peu près, avait un formulaire spécial pour les duels. Cet article nous apprend qu'il en existait un pour l'Agenais. Il n'a pas été retrouvé. On a conservé celui de Bordeaux, publié par les frères Lamothe avec les coutmes de cette ville.

(291) La stipulation de droits d'usage dans les forêts seigneuriales était à peu près générale dans toutes les chartes de coutumes. Les seigneurs possédaient partout d'immenses forêts que leur nombre, leur étendue et la faiblesse numérique de la population rendaient presque sans valeur. En conséquence, ils laissaient leurs vassaux y puiser largement pour leurs besoins. Plus tard, quand ces forêts eurent acquis de la valeur, comme cette valeur ne procédait que d'un développement des libertés civiles, il fallut conserver ces usages, de peur de mécontenter les habitants et les empêcher de se transporter ailleurs. La jurisprudence du Parlement rapportée dans les *Olim* exigeait un titre, et ce titre était rarement refusé. La plupart des droits concédés à cette époque existent encore au profit des communes. — *Calfage, calfagium, calefagium*, chauffage. Voir Ducange, his vis; art. 81 du Code for. — *Fustas, fustis*, bois, dont nous avons fait les mots *fût* et *futaille* employés dans le commerce des vins. — *Lenha, lignum*, également bois. On dit encore dans le pays la *legno* pour exprimer le menu bois. La différence entre la *fusta* et la *lenha* devait être celle-ci : la *fusta* désignait le gros bois, et la *lenha* le petit bois. — *Pastenghs, pastinagium*, panage, glandée. Voir Ducange, his vis. — On peut l'entendre aussi dans le sens de *pâturage*. Code for., art. 70. — *Terras hermas*, terres incultes, terres vaines et vagues. Voir Ducange, vo EREMUS. — La règle qui ne permet pas de revendre ce qui est acquis pour un usage personnel est consacrée par le Code forestier, art. 83.

A. MOULLIÉ,
Conseiller à la cour impériale d'Agen.

BIBLIOGRAPHIE.

***Almanach de Paris* pour 1865, Annuaire général de diplomatie, de politique, d'histoire et de statistique pour tous les Etats du monde civilisé. Paris, Amyot, 1 vol. in-16 de 900 pages, relié. Prix : 5 francs.**

On publie aujourd'hui beaucoup d'annuaires, de dictionnaires, de tableaux synoptiques, d'ouvrages en un mot qui, dans des cadres restreints, vulgarisent les diverses spécialités des connaissances humaines. Il manquait à cette collection un ouvrage qui, sans négliger les faits historiques et traditionnels, tînt compte principalement du mouvement contemporain, et qui, suivant chaque Etat dans ses vicissitudes intérieures, de même que dans ses rapports avec l'étranger, donnât comme le tableau vivant, et chaque année renouvelé, des péripéties du monde politique. Tel est le but qu'est appelé à atteindre l'*Almanach de Paris*. Cet almanach, d'une forme analogue à celle de l'Almanach de Gotha, se sépare néanmoins de ce dernier par des différences essentielles : il est plus développé, plus complet, et répond plus pratiquement aux nécessités de l'époque.

Grands et petits Etats y sont traités avec un soin égal, et il en est peu sur lesquels, avec le seul secours de l'*Almanach de Paris*, un publiciste, par exemple, ne puisse rédiger un travail propre à satisfaire à toutes les exigences.

Le cadre de l'ouvrage renferme une masse énorme de renseignements qui ne se trouvent réunis que là.

Chaque Etat, à côté de la généalogie de la maison régnante, donne l'historique des souverains qui se sont succédé depuis la fondation de la dynastie. Puis viennent la cour, les décorations, les corps diplomatiques et consulaires, la constitution, le personnel du gouvernement, de l'administration supérieure, du clergé, de l'armée, de la marine.

La statistique ne laisse rien non plus à désirer : territoire, population, finances, armée, marine, culte, enseignement, banques, chemins de fer, télégraphes, postes, agriculture, commerce, navigation, viennent se dérouler tour à tour sous les yeux du lecteur avec leurs chiffres les plus récents.

Pour donner enfin une idée exacte des renseignements contenus dans l'*Almanach de Paris*, nous dirons que les épreuves en ont été envoyées dans les gouvernements respectifs, et que c'est sur les corrections faites pour la plupart dans les bureaux des chancelleries elles-mêmes, que l'ouvrage a pris sa forme définitive.

Avec toutes ces garanties, nous pouvons prédire un grand et long succès à l'*Almanach de Paris*. A. D.

La Cité antique, Etudes sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome, par M. FUSTEL DE COULANGES, professeur d'histoire à la Faculté des lettres de Strasbourg; 1 vol. in-8°. Paris, Durand, 1864. Prix : 6 francs.

Grâce aux savants travaux dont l'antiquité a été l'objet depuis quatre siècles, on peut aujourd'hui connaître assez exactement les institutions de la Grèce et de Rome. Il est plus difficile de les bien comprendre. Ces institutions, si éloignées des nôtres, souvent même si étranges pour nous, ne portent pas leur explication en elles-mêmes. Pour en trouver le sens il faut les rattacher aux idées qui les ont produites, c'est-à-dire aux croyances morales et religieuses. Le droit ancien est né de la religion et du culte. Telle est la pensée fondamentale du livre de M. Fustel de Coulanges. La pensée est éminemment juste, et le livre excellent.

D'après les anciennes croyances de la race gréco-latine la mort était considérée comme un simple changement de vie. Mais ce n'était pas dans un monde étranger à celui-ci que l'âme allait passer sa seconde existence; elle restait tout près des hommes et continuait à vivre sous la terre, ou même dans le tombeau. De là les rites de la sépulture, et les offrandes destinées à la nourriture des morts. De là, en un mot, le culte des morts, qui paraît avoir précédé tous les autres chez les hommes de cette race. A côté du culte des morts il y avait le culte du foyer. Le foyer était un autel, le feu allumé sur cet autel était la Providence de la famille, qui devait le nourrir et l'invoquer tous les jours.

Le culte rendu à ces objets sacrés était purement domestique.

Le repas funèbre ne pouvait être offert que par les descendants du mort. De même le feu qui représentait les ancêtres appartenait en propre à chaque famille. Chaque famille avait ses rites, ses fêtes particulières, ses formules de prière. Le père de famille était le seul prêtre. Avec la vie il transmettait sa religion à ses enfants ou plutôt à ses fils, car, d'après les idées des anciens, le pouvoir reproducteur résidait exclusivement dans le père. C'est pourquoi le culte domestique passait toujours de mâle en mâle. La femme n'y participait que par l'intermédiaire de son père ou de son mari.

C'est à la lumière de ces croyances qu'il faut étudier les anciennes institutions. Et d'abord le lien de la famille antique ne se trouve ni dans le fait de la naissance, ni dans l'affection naturelle, ni dans la puissance paternelle, qui est plutôt un effet qu'une cause. Il est dans la religion du foyer et des ancêtres. « La femme, dit M. Fustel de Coulanges, n'y sera vraiment comptée qu'autant que la cérémonie sacrée du mariage l'aura initiée au culte ; le fils n'y comptera plus s'il a renoncé au culte ou s'il a été émancipé ; l'adopté y sera, au contraire, un véritable fils, parce que s'il n'a pas le lien du sang il aura quelque chose de mieux, la communauté du culte ; le légataire qui refusera d'adopter le culte de cette famille n'aura pas la succession ; enfin la parenté et le droit à l'héritage seront réglés, non d'après la naissance, mais d'après les droits de participation au culte, tels que la religion les a établis. »

Pour que le culte domestique ne s'éteignît pas, il fallait assurer la perpétuité de la famille. De là l'obligation du mariage, et, en certains cas, celle du divorce ; de là surtout l'adoption.

La propriété était fondée sur les mêmes principes. Dès l'antiquité la plus haute les populations de la Grèce et de l'Italie ont toujours connu la propriété privée. On ne trouve pas une époque où la terre ait été commune, et l'on ne voit non plus rien qui ressemble à ce partage annuel des champs qui était usité chez les Germains. C'est qu'une idée religieuse attachait chaque famille à son foyer et au tombeau de ses ancêtres et en écartait l'étranger. La propriété avait donc un caractère religieux, aussi était-elle inaliénable dans le principe, et quand elle devint aliénable ce fut au moyen de cérémonies religieuses. A plus forte raison l'homme ne pouvait pas être dépouillé de sa terre

Des critiques de détail n'ôteraient rien ni au mérite du livre, ni à la justesse des conclusions. L'esprit de système, l'abus de l'imagination, l'étalage d'une fausse science ont un peu discrédité chez nous, il faut l'avouer, les travaux de ce genre. Le livre modeste et consciencieux de M. Fustel de Coulanges est bien fait pour les réhabiliter. R. DARESTE.

Das Mutterrecht... (*le droit maternel*), recherches sur la gynécocratie du monde ancien, considérée au point de vue de la religion et du droit, par M. BACHOFEN, conseiller à la Cour d'appel à Bâle; 1 vol. in-4° avec planches. Stuttgard, Krais et Hoffmann, 1861.

D'après Hérodote (I, 173) les Lyciens donnaient aux enfants le nom de leur mère et non celui de leur père, et l'enfant suivait toujours la condition de la mère. Nicolas de Damas ajoute que chez eux, d'après une ancienne coutume, les filles succèdent à l'exclusion des fils. Héroclide de Pont résume tous ces traits en un seul mot : « Γυναικοκρατοῦνται. »

Dans cette étrange institution les Grecs ne pouvaient voir qu'une anomalie. M. Bachofen y trouve tout un système dont il rassemble avec une infatigable érudition les éléments épars dans tous les monuments qui nous restent de l'antiquité. Ainsi chez les Egyptiens les filles seules étaient tenues de nourrir leurs parents infirmes (Diodore), et chez les Cantabres c'étaient les filles qui mariaient et dotaient leurs frères (Strabon), usage qui s'est conservé jusqu'à nos jours, ainsi que l'a montré dans cette *Revue* même M. Eugène Cordier (*le Droit de famille aux Pyrénées*). Ce système n'est donc pas une anomalie accidentelle, il répond à un certain degré de civilisation, antérieur à celui qui a produit le système opposé. On en trouve des traces chez toutes les populations qui ont précédé, en Grèce, la race hellénique : Locriens, Léléges, Cariens, Etoliens, Pélasges, etc. L'ancienne mythologie en est tout imprégnée.

A la gynécocratie se rattachent une foule d'usages, d'habitudes, de particularités qui dérivent, au fond, de la même idée. Ainsi la préférence du côté gauche au côté droit, celle de la nuit au jour, de la lune au soleil, de la terre à la mer, etc. C'est toujours dans le même ordre d'idées que les sœurs sont préférées aux frères, et le plus jeune fils aux aînés.

Nous ne pouvons suivre ici M. Bachofen dans les considérations philosophiques, historiques et religieuses que l'étude de son sujet lui inspire. Il suffit d'avoir indiqué la thèse. Les savants qui voudront l'approfondir recourront au livre lui-même. Tous les matériaux s'y trouvent réunis, et on ne saurait trop admirer le vaste savoir et la profonde sagacité qui ont été nécessaires pour entreprendre et achever un pareil travail. R. D.

Essai historique sur les preuves, sous les législations juive, égyptienne, indienne, grecque et romaine, par M. Le Gentil, juge au tribunal d'Arras. In-4°. Paris, Durand. Prix : 20 francs.

La matière des preuves, si intéressante au point de vue philosophique, puisqu'elle repose sur la base même de toute connaissance humaine, sur la logique, présente un intérêt d'un autre ordre, mais non puissant, lorsqu'on l'envisage au point de vue historique. Nulle part, en effet, le caractère original des systèmes qui ont prédominé aux diverses époques et chez les divers peuples, ne s'accuse d'une manière plus accentuée qu'en ce qui touche les preuves juridiques. Soit qu'on se reporte à l'enfance des peuples, et qu'on les suive ensuite jusqu'à leur majorité, souvent, hélas! voisine de leur décadence, soit qu'on passe d'un hémisphère à l'autre, et qu'on compare les théories de l'Américain Greenleaf à celles de Bentham et de Mittermaïer, quelle riche moisson pour l'observateur; que de précieux rapprochements pour celui qui veut étudier dans un but d'amélioration et de progrès les législations comparées!

Les amis de la science doivent donc accueillir avec une juste sympathie le livre que vient de publier un savant magistrat du tribunal d'Arras, M. Le Gentil, sur les preuves en Judée, en Egypte, dans l'Inde, en Grèce et à Rome. L'auteur a compulsé avec une patience infatigable les documents que nous a laissés l'antiquité la plus reculée sur la preuve judiciaire dans les divers âges du monde, jusques et y compris la législation romaine. Nous allons rendre compte de ce remarquable travail, puis en indiquer ce que nous voudrions y voir ajouter pour en faire un monument complet.

La théocratie juive occupe le premier plan dans ce tableau

des anciennes institutions sur la preuve. Nous y trouvons d'abord l'intervention miraculeuse de la Divinité, notamment dans la singulière épreuve des *eaux amères* pour la conviction de la femme infidèle à son mari. M. Le Gentil fait ressortir ensuite la première apparition chez les Juifs du fameux principe : *Non stabit testis unus contra aliquem quidquid illud peccati vel facinoris fuerit* (Deuter., chap. XIX, vers. 15) ; principe formulé de nouveau au Bas-Empire, qui s'est perpétué chez nous jusqu'à la révolution de 1789, et qui se retrouve encore dans plusieurs législations modernes. Si, en édictant ces prescriptions, aujourd'hui surannées, la loi juive a payé un tribut à la *dureté de cœur* des Israélites, l'auteur y signale, par contre, des principes rationnels qui ont passé dans les législations postérieures : la nécessité pour le demandenr de faire la preuve, les règles sur la concordance des dépositions, dont il fut fait une remarquable application dans le procès de Suzanne, l'appel des témoins à la confection des actes, etc. Enfin M. Le Gentil, répondant à une assertion peu approfondie de M. Dupin, dans ses *Règles de droit et de morale tirées de l'Ecriture Sainte*, établit que les Juifs ont eu l'insigne honneur de ne jamais recourir à l'usage de la torture.

Nous ne nous arrêterons pas sur le droit égyptien, qui présente beaucoup d'analogie avec le droit juif, à tel point que le nouvel historien des preuves a pu réunir dans une même section les deux législations.

Celle de l'Inde présente un caractère beaucoup plus original. L'influence de la théocratie y est bien marquée. « Par un aveu fait devant tout le monde, » disent les lois de Manou (liv. XI, stance 227), « par le repentir, par la dévotion, par la récitation des prières sacrées, un pécheur peut être déchargé de sa faute. » On ne saurait établir une confusion plus complète entre la satisfaction à la conscience et la satisfaction à la justice humaine. L'Inde admet les épreuves judiciaires avec une prodigalité qui n'a été dépassée que par nos vieilles lois barbares. Elle en consacrait, en effet, neuf sortes : la balance, le feu, l'eau, le poison, l'eau où l'on a lavé une idole, le riz, l'huile bouillante, le fer rouge, l'image de fer et d'argent. Le système d'exclusion ou de reproches des témoins, dont on a si souvent critiqué l'extension dans notre droit ancien et moderne, est bien autrement développé chez les Indiens. « Il ne faut admettre, dit Manou

(liv. VIII, stance 64 et suiv.), ni ceux qu'un intérêt pécuniaire domine, ni des amis, ni des domestiques, ni des ennemis, ni des hommes dont la mauvaise foi est connue, ni des malades, ni des hommes coupables d'un crime, ni le roi, ni un cuisinier, ni un habile théologien, ni un étudiant, ni un homme excédé de fatigue, ni celui qui est épris d'amour, etc. » Avec de pareilles conditions on en vient à se demander, non quel est celui qui ne peut pas être témoin, mais quel est celui qui peut l'être. Ajoutons, pour compléter l'exposé du système, que si le témoignage d'un seul homme est admissible dans certains cas, celui d'un grand nombre de femmes, même honnêtes, ne l'est pas, à cause de l'inconstance de l'esprit des femmes.

Il ne faudrait pas cependant imaginer qu'il n'y ait que des prescriptions déraisonnables dans la législation indienne sur la preuve. On y trouve d'utiles conseils sur l'administration de la preuve testimoniale, et, comme notre ancien droit, la loi de Manou fait exception à ses principes d'exclusion rigoureuse pour les faits qui se passent *dans les appartements intérieurs*, c'est-à-dire pour ceux qui ne peuvent, par la nature même des choses, avoir pour témoins que des parents ou domestiques.

Arrivé à la législation athénienne, M. Le Gentil insiste sur le serment, qui y joue un rôle très-considérable, puisque le serment décisoire tranche toutes les contestations au criminel aussi bien qu'au civil. Ainsi, dans les accusations de crime emportant la peine capitale, l'accusateur et l'accusé, se tenant debout sur les chairs pantelantes d'une victime, confirment leur assertion par de terribles imprécations sur leur tête et sur leurs enfants. D'autre part, les exclusions du témoignage deviennent beaucoup plus rares ; elles n'atteignent plus guère que les esclaves et les personnes infâmes. Les parents et domestiques peuvent porter témoignage, sauf la faculté de contrôler leurs dépositions, et à cet égard nos lois, surtout en matière civile, sont bien inférieures à celles de Solon. Les Athéniens ont aussi de sages prescriptions sur la preuve littérale, telle que l'appel des témoins à la confection des actes sous seing privé et la rédaction des registres des banquiers, prescriptions qui ont paru dans la législation romaine. Mais on n'y trouve rien qui ressemble à notre authenticité, ni même aux tabellions de Rome et de Constantinople.

Sans nous arrêter sur le droit romain, dont les dispositions sont beaucoup plus connues, bien que M. Le Gentil ait encore trouvé à glaner dans ce champ si fertile, nous devons seulement signaler les détails intéressants qu'il nous donne sur un triste sujet : sur l'emploi de la torture. Il nous montre la question appliquée d'abord aux esclaves, soit judiciairement, soit *inter privatos parietes*, par une déplorable application des pouvoirs absolus conférés primitivement au *paterfamilias;* par cette ligne judiciaire passant des esclaves aux hommes libres, de l'accusé à l'accusateur, de l'accusateur aux témoins ! Les lumières des jurisconsultes, la sage philanthropie des Antonins, n'ont porté aucune atteinte à cette effroyable institution, qui ne devait être abolie chez nous qu'après dix-huit siècles de christianisme.

Après avoir donné un aperçu sommaire des matières si intéressantes traitées par M. Le Gentil, nous devons le féliciter de l'érudition dont il a fait preuve dans son travail. Qu'il nous soit seulement permis, en terminant, d'émettre un vœu : c'est celui que l'auteur se pénètre davantage de l'idée de la comparaison et de la concordance des législations diverses, idée sur laquelle il insiste avec raison dans sa préface. Entraîné par le désir de nous retracer de curieux détails, il lui arrive souvent de ne point mettre assez en relief ce qui est décisif et caractéristique, *quod in ipsis semen obtinet argumentis*, suivant les expressions de Justinien. La devise de l'historien des ducs de Bourgogne : *Scribitur ad narrandum, non ad probandum*, n'est évidemment point celle du jurisconsulte. Dans la prochaine édition, à laquelle son livre est appelé, nous engageons M. Le Gentil à énoncer d'une manière plus ferme et plus précise le résultat de ses études comparatives. E. Bonnier.

La biographie considérée au point de vue de l'étude du droit.

Il est un fait incontestable, c'est que la gloire de la magistrature, comme du barreau moderne, des hommes qui se sont fait un nom dans la science du droit, n'est pas due seulement à la connaissance spéciale de la législation, mais à une variété d'études qui imprime à la parole et à la plume de ces brillants jouteurs de Thémis un éclat, une force presque toujours irrésistibles.

Nous pourrions citer les noms ; mais où s'arrêter en une pareille énumération ? Il nous suffira de dire que la foule des jurisconsultes, aussi versés dans les lettres que dans le droit, pourrait s'appeler *légion*. Aucun de ces hommes éminents ne nous démentira, si nous affirmons que s'ils se sont placés si haut dans l'histoire du droit moderne, ils le doivent surtout aux larges et puissantes études qui ne leur ont rien laissé ignorer des grandes luttes de la civilisation, auxquelles le droit s'est toujours trouvé mêlé. Savoir le droit en particulier, n'est-ce pas avant tout en connaître les annales et la vie des grands hommes qui, à diverses époques, ont marqué, s'il nous est permis de nous servir de cette expression, les étapes de la législation et de la jurisprudence.

C'est précisément ce qui se rencontre dans le vaste recueil que nous avons sous les yeux, le plus vaste qui ait été entrepris depuis la grande Encyclopédie, à laquelle d'Alembert a attaché son nom, et le seul aussi qui soit resté en possession de l'estime sans réserve du public. On peut le dire : on trouve dans la *Biographie universelle* de Michaud une histoire complète du droit, écrite par les plumes les plus compétentes ; car retracer la vie, les actes et les écrits des jurisconsultes de tous les temps, d'un Papinien et d'un Tribonien, à l'âge d'or du droit, d'un Dumoulin, d'un Domat ou d'un Pothier, alors que le droit romain se pénètre de l'esprit moderne, enfin d'un Portalis, d'un Treilhard, d'un Toullier, de tous les grands interprètes du droit nouveau, issu de la féconde et immortelle rénovation de 1789, n'est-ce point faire, pour ceux qui l'ont amenée, l'histoire des progrès de la science que Justinien appelait, avec une légitime ambition : « la connaissance des choses divines et humaines? » Une lumière plus vive éclaire une science lorsqu'on a suivi dans leur intimité ceux qui l'ont créée ; que l'on a assisté à l'enfantement solitaire des travaux qui lui ont donné une base. Assurément ils abondent les recueils qui ont consacré à ces grands hommes un souvenir ; mais s'il a fallu un Plutarque pour raconter la vie d'un Démosthène, d'un Cicéron, il n'y a rien d'excessif à nommer après lui un recueil signé Benjamin Constant, Portalis, Thierry, Guizot, Faustin-Hélie, tous les hommes enfin qui ont marqué dans l'histoire du droit et de la politique. C'est assez dire avec quel soin, avec quel respect filial, et surtout quelle

hauteur de vues, est racontée, dans la *Biographie universelle*, la vie des ancêtres du droit et de la jurisprudence. Autant d'hommes et de noms, autant d'édificateurs de cette science du droit qui est le pain des peuples, suivant la vive expression d'un publiciste moderne. A quel grand problème social ne se rattache pas, en effet, l'histoire du droit personnifiée dans les jurisconsultes qui l'ont fondée? S'agit-il des droits du souverain chez lui, de son indépendance de toute immixtion du dehors, Dumoulin l'a établie dès le règne de Henri II. « Ce petit homme, disait Anne de Montmorency, a fait plus avec son petit livre que nous autres avec trente mille hommes. » S'agit-il de l'unité de législation en France? elle est posée en principe; il y a plus: elle est fondée dans les écrits de Domat et de l'auteur des *Observations sur la coutume d'Orléans*. Et si l'on venait contester cette assertion, Pothier lui-même répondrait comme il avait coutume de faire: « Ce n'est pas là ce que je vous ai appris. » L'ancienne édition de la *Biographie universelle* réalisait déjà, par l'abondance et l'intérêt de la narration, ce que l'on doit attendre d'un recueil de ce genre. La nouvelle édition, tout en demeurant fidèle à l'esprit de l'œuvre, possède, il nous semble, un mérite de plus: elle est sagement impartiale. Nous disons sagement, car elle ne déserte pas pour cela les droits de l'histoire, mais sans parti pris, surtout sans emportement: *nec odio, nec ira*. Que dans la polémique de chaque jour le succès d'un livre dépende souvent d'une certaine dose de chaleur, de passion, disons le mot, on le comprend. Il n'en saurait être de même de ces œuvres monumentales, qui évoquent des siècles et des hommes depuis longtemps endormis. La partialité en des ouvrages de cette nature aurait quelque chose d'excessif, ayant pour objet d'enregistrer le progrès à toutes ses dates; comment auraient-ils une autre devise que la vérité? Rien ne comporte moins d'ailleurs un parti pris que le progrès et son histoire.

L'éditeur actuel de la *Biographie universelle* a parfaitement compris cette loi vitale de son œuvre. Il a apporté à la révision et à la continuation de ce monumental ouvrage tout le sang-froid de l'opération anatomique. Il s'est attaché à exposer les faits, c'est-à-dire la vérité, rien que la vérité. Sous la plume des collaborateurs spéciaux, éminents, qu'il a ralliés autour de lui, cette vérité ne laisse pas que d'être lumineuse, pénétrante;

car, en écrivant la vie de tant de célébrités, devenues la gloire de l'histoire, beaucoup d'entre eux peuvent dire : « J'y ai été; j'ai concouru à l'œuvre de la civilisation : *quorum pars fui.* »

Nous apprenons avec plaisir que la *Biographie universelle* touche, nous ne dirons pas à sa fin, car elle n'en aura pas, mais qu'elle a presque rempli le cadre alphabétique. En effet, le quarante-deuxième volume (Tos-Van) de ce considérable ouvrage vient de paraître, et l'ouvrage, qui comprendra quarante-cinq volumes in-8°, sera terminé au mois de mai prochain au plus tard.

VICTOR ROSENWALD,
Ancien collaborateur à la *Jurisprudence générale du royaume.*

De la récidive d'après la loi des 18 avril-13 mai 1863; Commentaire des nouveaux articles 57 et 58 du Code pénal, par M. TH. BAZOT, docteur en droit, substitut du procureur impérial à Bordeaux. Paris, Menard, 1864. In-8°; Prix : 2 francs.

La session législative de l'année dernière a vu s'accomplir, à peu de jours d'intervalle, sur notre Code pénal et sur notre Code d'instruction criminelle, des réformes répondant à des tendances opposées. Tandis que la loi du 20 mai 1863, sur les flagrants délits, donnait satisfaction à des vœux bien légitimes, en fournissant un moyen d'abréger la détention préventive, la loi du 13 du même mois, portant modification de plusieurs articles du Code pénal, tendait à assurer davantage la répression de certains faits punissables. Ainsi, les droits de l'inculpé d'une part, les intérêts de la société de l'autre, trouvaient dans ces deux lois de nouvelles garanties.

Il ne semble pas possible de contester le caractère de fermeté de la loi du 13 mai. L'exposé des motifs et le rapport auxquels cette loi a donné lieu déclarent bien qu'elle ne porte aucune atteinte aux principes fondamentaux sur lesquels repose notre Code pénal ; et il est vrai de dire que les révisions opérées ne touchent que certains points déterminés. Mais peut-on méconnaître l'esprit qui a présidé à ces révisions ? Depuis 1832, époque de la dernière réforme du Code pénal, plusieurs lacunes y avaient été signalées. D'un autre côté, la marche de la civilisation et des affaires avait rendu fréquentes ou même créé certaines infractions, autrefois fort rares ou inconnues. Grâce à ces vides

laissés ou survenus dans la trame de la loi, des coupables pouvaient échapper à un châtiment mérité. Le législateur de 1863 a voulu écarter ce danger. Il a cru voir aussi que l'application des lois existantes n'était pas toujours faite avec assez de fermeté, et que la faculté d'admission des circonstances atténuantes dégénérait en abus. Cette opinion l'a conduit à imposer à l'indulgence du juge une barrière infranchissable. Les adoucissements mêmes apportés à certaines peines, le changement de la juridiction de la Cour d'assises en celle de la police correctionnelle introduit dans quelques cas, n'ont-ils pas eu pour but, très-avouable d'ailleurs, de rendre la répression plus certaine? On peut donc dire que la réforme de 1863 a été inspirée par le désir de combattre utilement le mal.

On en donnerait pour preuve encore les modifications relatives à la récidive. « Les récidivistes augmentent, disait M. de Belleyme au Corps législatif, et les statistiques officielles constatent que le nombre s'en accroît chaque année d'une manière sensible et fâcheuse. Les récidivistes d'habitude forment une catégorie à part, composée d'hommes incorrigibles, ayant perdu toute honte, se mettant en révolte ouverte contre la société, vivant en dehors des mœurs et des lois, et constituant une menace et un péril, non-seulement au point de vue de la sûreté des personnes et des propriétés, mais même au point de vue de l'ordre public. Nous avons pris une mesure qui atteint cette classe d'hommes dangereux; nous les signalons à ceux qui ont mission de rendre la justice et d'assurer la sécurité de la société. » Quelle a été la mesure prise?

La matière des récidives était réglée par trois articles du Code pénal. L'article 56, qui traite de la récidive de crime à crime n'a pas subi de changement. L'article 57 s'occupait uniquement de la récidive de crime à délit, qu'on a appelée récidive mixte; enfin l'article 58 était consacré à la récidive de délit à délit. Ces deux derniers genres de récidives n'étaient pas bien nettement déterminés.

Que fallait-il entendre d'abord par la récidive de crime à délit? Fallait-il lui donner pour base la qualification du fait incriminé ou la peine prononcée? A en juger par l'article 56 qui ne voit la récidive de crime à crime qu'après un premier fait ayant entraîné une peine afflictive ou infamante, et même par l'article 1er qui

déclare que c'est la peine applicable qui fixe la nature du fait punissable, ne devait-on pas penser que cette récidive prenait son point de départ dans une condamnation à une peine afflictive et infamante ? La Cour de cassation ne suivait pas cependant cette opinion, qui avait le tort de favoriser une classe de coupables peu dignes d'intérêt. Le Corps législatif lui a donné raison, en déclarant dans le nouvel article 57 que la récidive existe quand un individu a déjà été condamné pour crime à une peine, même non afflictive ou infamante, pourvu toutefois qu'elle ait été supérieure à une année d'emprisonnement. Restait à savoir ce qu'on devait décider dans le cas où un individu précédemment condamné pour crime à une peine correctionnelle supérieure à une année d'emprisonnemunt aurait commis un second crime qui devrait aussi n'être puni que de peines correctionnelles. Le premier principe admis, la logique exigeait que, dans ce second cas on reconnût encore les éléments constitutifs de la récidive. C'est ce que le législateur a fait. Enfin l'ancien article 57 ne portait point que le récidiviste dût être renvoyé sous la surveillance de la haute police, et cette omission s'expliquait assez bien avant la loi du 13 mai, si l'on pensait que la récidive de crime à délit ne devait s'appliquer qu'au cas d'un premier crime ayant entraîné une peine afflictive ou infamante, les peines de cette nature entraînant presque toujours comme conséquence inévitable la mise en surveillance du condamné pendant toute sa vie. Mais le nouvel article 57 posait en principe que la récidive pouvait sortir d'une condamnation à une peine seulement correctionnelle, la lacune devenait plus sensible. Elle a été comblée par une disposition ajoutée à ce même article, et qui renvoie le condamné sous la surveillance de la haute police pendant cinq ans au moins et dix ans au plus.

L'article 58 a dû subir une révision analogue. Il a été décidé que la récidive de délit à délit existerait dans le cas où l'individu déjà condamné pour un délit à un emprisonnement de plus d'une année commettrait un second crime qui devrait n'être puni que de peines correctionnelles. Cette modification était la suite nécessaire de celle de l'article 57.

Ces diverses révisions, qui laissaient subsister certaines questions fort délicates, ont donné lieu, on le sait, au Corps législa-

tif à des débats peu concluants, et M. le garde des sceaux, dans une circulaire du 30 mai 1863, prédisait pour elles un avenir gros de controverses. La Cour de cassation a été appelée plusieurs fois déjà à y prendre part, en statuant sur le point de savoir si l'application des peines de la récidive est obligatoire, en présence de l'admission des circonstances atténuantes. Un arrêt du 26 mars 1864 semble adopter ce système d'une manière absolue ; mais un autre arrêt du 26 mai courant établit à cet égard une distinction. Il reconnaît à la récidive un caractère obligatoire au cas de crime passible des travaux forcés à temps, et un caractère facultatif au cas de crime passible de la réclusion. Cette jurisprudence doit-elle être définitive ; c'est ce qu'on ne saurait prévoir. Des arrêts de Cours d'assises ont statué sur la même question en différents sens ; enfin les auteurs se sont également exercés sur le nouveau texte de la loi.

C'est à cette même matière, si grave et si intéressante pour les criminalistes, que M. Th. Bazot vient de consacrer une étude fort complète. A l'aide d'une analyse rigoureuse et savante, il cherche la pensée du législateur et la met en lumière. On consultera certainement avec profit ce consciencieux ouvrage pour y trouver la solution de questions qui, nous le craignons bien, se présenteront souvent encore devant la justice.

PAUL CHARPENTIER,
Substitut du procureur impérial à Châlons-sur-Marne.

Cours de législation usuelle, contenant toutes les matières indiquées dans le programme officiel de l'enseignement secondaire spécial, par ALPHONSE GRÜN, ancien rédacteur en chef du *Moniteur universel*, chef de la section législative et judiciaire aux archives de l'empire. Paris, 1864, 1 vol. in-18; Hachette et Cᵉ, éditeurs. Prix : 3 fr. 50 c.

Il y a des écrivains qui se consacrent à l'exploration approfondie d'une partie de la science, qui en suivent l'histoire, qui en élucident les difficultés. Savants éminents eux-mêmes, ils écrivent pour les savants. Leurs traités s'adressent aux érudits, et aspirent à pénétrer de plus en plus dans le monde de la science. D'autres, plus modestes et non moins utiles, cherchent surtout la propagation des notions élémentaires, et parlent, avant tout, à ceux qui ne savent pas encore. De ce nombre, est

M. A. Grün, auteur d'un grand nombre d'ouvrages estimés. Si la jurisprudence, la morale, l'érudition historique lui sont familières, il a pris surtout à tâche l'initiation du public aux premiers éléments de notre droit français.

Frappé de la déplorable lacune que présente sous ce rapport notre éducation publique, il s'est efforcé, à plusieurs reprises, et par des ouvrages divers, de dissiper l'ignorance déplorable et dangereuse de notre pays, quant aux institutions qui nous régissent. Nous possédons mieux que personne le luxe des sciences et des arts ; nous connaissons beaucoup moins bien que beaucoup d'autres les principes essentiels de toute chose ; nous restons, à cet égard, fort en arrière de l'Angleterre et de l'Allemagne, qui n'ont pas, comme nous, un merveilleux Institut national, mais qui enseignent partout les idées fondamentales du droit et de l'économie politique. En France on est savant : ailleurs on est instruit.

Le gouvernement, jusqu'à présent, se faisait complice de l'ignorance générale ; il se refusait constamment à ce qu'on apprît, ailleurs qu'aux écoles de droit, ce que c'est qu'une loi, une constitution, un magistrat, comment notre pays est gouverné et administré, quels sont ses droits et ses devoirs, comment chacun doit se conduire dans la vie civile, dans les carrières industrielles et commerciales. Il semblait, d'après le silence officiel, que l'on n'avait pas besoin de savoir ces choses, ou que les affaires de la société, de la famille, et leurs obligations quotidiennes ne regardaient personne, excepté les élèves en droit.

Heureusement, une tendance nouvelle vient de se déclarer ; le ministre de l'instruction publique veut que l'on apprenne quelque chose de ce que personne n'est censé ignorer : il ordonne que l'enseignement du droit pratique prenne place dans l'instruction qui va être donnée par les écoles secondaires spéciales. En attendant que cet enseignement s'organise administrativement, le ministre en a esquissé lui-même le programme. M. Grün s'est conformé aux données officielles dont son livre est le développement complet et toujours parfaitement clair. Il ne s'est pas servilement astreint à l'ordre du programme ministériel, qui laisse à désirer dans plusieurs parties. Il a comblé des lacunes, remis bien des choses à leur véritable place. Le programme devait se borner et s'est borné à des indications générales. Un

livre devait aller plus loin, et procéder plus régulièrement : c'est ce qu'a fait M. Grün.

Ce n'est pas d'ailleurs son seul mérite ; il a mis son travail au courant des changements nombreux introduits dans nos lois par vingt récentes révolutions. Il a ainsi rendu un grand service non-seulement à ceux qui ont besoin d'une première initiation, mais aussi aux hommes du monde qui veulent avoir quelques idées précises, et aux hommes de science qui aiment à parcourir rapidement le résumé condensé de ce qu'ils savent. A. D.

DE L'ENSEIGNEMENT DU DROIT

D'APRÈS BACON.

François Bacon n'a pas été seulement un grand philosophe. Il a été aussi un jurisconsulte distingué. On peut trouver quelque intérêt à recueillir les idées qu'il a émises sur l'enseignement du droit. Il s'est occupé de ce sujet à plusieurs reprises, dans son traité *De dignitate et augmentis scientiarum*, dans un projet qu'il soumettait au roi Jacques I[er], sur l'amélioration des lois anglaises. Lui-même a fait un cours sur une matière de droit importante et difficile ; il a écrit des traités élémentaires. Il ne faut jamais dédaigner de connaître la pensée des hommes de génie, même sur les sujets dont ils ne se sont occupés qu'accessoirement; il est rare qu'ils ne les aient pas traités au moins en hommes supérieurs.

I

Bacon fait au législateur une place considérable dans l'enseignement du droit.

Il expose, dans son fameux traité *De fontibus juris*[1], quelles sont les dignités des lois, développe ce qu'il entend par la certitude, la première de toutes, et engage notamment le législateur à composer des digestes, quand le nombre des actes législatifs devient trop considérable. Il indique plusieurs moyens de lever les difficultés qui se présenteraient encore après ce travail, entre autres la composition de *livres auxiliaires*[2].

Ces livres auxiliaires doivent être, selon lui, au nombre de six : *Institutiones, De verborum significatione, De regulis juris, Antiquitates legum, Summæ, Agendi formulæ*[3]. Dans sa lettre au roi Jacques[4], Bacon ne réclame que les trois premiers, sans

[1] *De dignitate et augmentis scientiarum*, lib. VIII, cap. III.

[2] Aphorisme 72.

[3] Aph. 79.

[4] A Proposition to His Majesty, touching the compiling and amendment of the laws of England.

doute pour obtenir plus facilement sa demande en la réduisant au strict nécessaire.

L'idée de faire enseigner en partie le droit par le législateur vient de Justinien; c'est à lui que le philosophe anglais emprunte les noms mêmes des trois ouvrages qui lui paraissent tout à fait indispensables. Aussi retrouve-t-on beaucoup d'analogie avec le droit romain dans le détail du projet.

1. *Institutiones.*— Ce livre prépare les jeunes gens à la science et aux difficultés du droit. Il doit être fait dans un ordre clair, embrasser tout le droit privé, sans rien omettre, sans rien approfondir. Il n'y sera pas question du droit public, qui sera puisé aux sources mêmes (aph. 80). Dans la proposition au roi, Bacon demande que les Institutes aient deux qualités, que l'ordre en soit clair et qu'elles embrassent tout le droit.

L'influence que nous signalions est sensible. Quand Bacon parle d'un Digeste à composer, il n'exige pas un ordre lumineux, parce qu'il ne le trouve pas dans le Digeste romain : le besoin de méthode ne se fait sentir que dans son projet d'Institutes, parce que les Institutes de Justinien lui offrent seules des matières classées méthodiquement. Pourquoi renvoyer aux sources ceux qui veulent étudier le droit public, non moins important, non moins difficile que le droit privé? N'est-ce point parce que Justinien ne s'est occupé que de ce dernier?

Les deux traités suivants correspondent aux deux derniers titres du Digeste.

2. *De verborum significatione.* — Il faut un commentaire simple et clair sur les termes de droit : on cherche non des définitions exactes, mais seulement des explications qui facilitent la lecture des livres de droit. On ne doit pas suivre l'ordre alphabétique, fait pour les dictionnaires, mais réunir ensemble tous les termes relatifs au même sujet (aph. 81).

En effet, ce n'est pas l'ordre alphabétique qui est suivi dans le titre du Digeste, *De verborum significatione* (L, 16) : les rédacteurs ont eu plutôt l'intention de se rattacher à l'ordre des matières. Y eussent-ils été constamment fidèles, il n'aurait pas fallu les imiter. Un livre sur le sens des mots ne peut servir que s'il offre de lui-même ses renseignements à ceux qui en ont besoin, que s'il revêt la forme de dictionnaire. Du reste, les ouvrages de ce genre sont ordinairement inutiles; l'explication des

mots ne saurait être séparée de celle des idées; la première ne se grave pas dans la mémoire, tant que la seconde ne s'est pas fait accepter par la raison. Bacon laisse au rédacteur une liberté qui peut rendre l'œuvre fort dangereuse; il lui permet de ne pas donner une définition exacte, et lui demande seulement une explication élémentaire, comme s'il ne fallait pas habituer dès le commencement les esprits à l'exactitude, pour les garantir des notions fausses ou insuffisantes qui peuvent les séduire par une apparente clarté.

3. *De regulis juris.* — Ce traité est très-important, et doit être rédigé par les jurisconsultes les plus distingués. Il faut extraire des lois et des jugements les règles les plus secrètes, *subtiles et reconditæ*, celles que dicte la raison, *dictamina generalia rationis*, et qui tiennent à la forme même de la justice, *quæ in forma ipsa justitiæ hærent*, en se gardant de prendre pour telles toutes les dispositions de la loi positive; à chaque règle seront ajoutés des exemples et des décisions pour l'expliquer, des distinctions et des exceptions pour la limiter, des rapprochements pour l'étendre (aph. 82-84)[1].

C'est le dernier titre du Digeste qui a fourni l'idée et le nom de ce traité ; mais le plan de Bacon offre une différence importante avec celui de Justinien. Le philosophe introduit la méthode dans son œuvre : chaque règle est accompagnée d'exemples, de limitations et de rapprochements; c'est sur un point un résumé de doctrine qui doit être complet. Justinien s'est contenté de faire extraire des œuvres des jurisconsultes des propositions générales qu'il isolait d'un développement quelquefois indispensable, au risque de les rendre obscures ou même inexactes.

En représentant à Jacques Ier la nécessité d'un traité *De regulis juris*, Bacon rappelle que lui-même en a composé un, et il s'en montre satisfait, car il déclare que la postérité, qui le comparera aux *Reports* de sir Edward Coke, se demandera le-

[1] Bacon s'exprime de même, dans la préface des *Maxims of the law* : « J'ai exposé les règles d'une manière claire et lucide; j'en ai montré les applications; je les ai éclaircies par des distinctions; quelquefois j'ai montré de quelles raisons elles découlent : j'ai fait voir par quels liens elles se rattachent aux autres. »

quel des deux auteurs fut le plus grand jurisconsulte. Cet ouvrage a pour titre *The maxims of the law*.

Nous y trouvons vingt-cinq maximes ou règles, relatives aux sujets les plus divers, au droit public comme au droit privé. La première : « In jure non remota causa, sed proxima spectatur, » n'a, selon l'auteur, d'application que dans la loi civile, non dans la loi pénale. Au contraire, la douzième : « Receditur a placitis juris potius quam injuriæ et delicta maneant impunita ; » la quinzième : « In criminalibus sufficit generalis malitia intentionis cum facto paris gradus, » sont faites pour le droit criminel. En développant la dix-neuvième : « Non impedit clausula derogatoria quominus ab eadem potestate res dissolvantur a quibus constituuntur, » Bacon arrive à cette conclusion, que ni les particuliers ni le Parlement ne peuvent se lier indéfiniment. Cependant c'est le droit civil qui domine.

Il est évident que Bacon n'a pas cru embrasser le droit tout entier dans un si petit nombre de maximes. D'un autre côté, celles qu'il a écrites paraissent jetées au hasard les unes auprès des autres. Il y en a quatre qui sont relatives à l'interprétation des contrats : ce sont la troisième, la dixième, la treizième, la vingt-troisième. Il semble que l'auteur les ait séparées à dessein. Il n'a pas donné le modèle d'un traité *De regulis juris*, mais vingt-cinq modèles de règles.

Au contraire, dans chacun de ces petits traités, il suit parfaitement la méthode qu'il a tracée, posant la règle, donnant un ou deux exemples, faisant, s'il y a lieu, des exceptions ou des distinctions, à l'appui desquelles il cite encore des exemples, le tout avec une parfaite clarté de raisonnement et de style.

Il en a fait assez pour que nous puissions juger l'œuvre qu'il demande et qu'il exécute en partie. Dans sa préface, il déclare sans hésiter qu'il n'en est pas de plus utile, qu'elle jettera une vive lumière sur les cas nouveaux, en simplifiant, en éclaircissant les lois et les autorités, si souvent obscures et contradictoires. A cette utilité pratique se joint un plus haut avantage ; toute vaine subtilité, toute mauvaise coutume sera écartée, les lois seront ramenées à leur sens véritable, et le droit tout entier s'améliorera sous l'influence de la pure justice.

L'ouvrage ne tient pas les splendides promesses de la préface. On croirait que l'auteur va remonter à la raison première et

philosophique des lois, surtout quand cet auteur est Bacon : il n'en est rien. Sa troisième règle est ainsi conçue : « Verba fortius accipiuntur contra proferentem ; » elle serait en elle-même sujette à critique, car elle est trop absolue, mais nous nous contentons de chercher comment Bacon la justifie : « D'abord, dit-il, c'est une maîtresse de sagesse et de diligence, qui apprend aux hommes à être attentifs à leurs propres affaires ; ensuite elle procure beaucoup de repos et de certitude, non-seulement parce qu'elle favorise les contrats..., mais encore parce qu'elle met un terme aux procès sur la construction des mots.» Ce dernier avantage résulterait aussi bien d'une règle quelconque, par cela seul qu'elle serait une règle, quelle que fût la décision qui y serait contenue. Quant à la première considération, elle ressemble au raisonnement que ferait un maître d'école pour convaincre ses élèves de l'utilité des châtiments. La conséquence indirecte que peut avoir une règle n'en est pas la cause et n'en fait pas la légitimité.

Après avoir dit, dans la cinquième règle : « Necessitas inducit privilegium quoad jura privata, » Bacon excepte les causes publiques, et donne de cette exception la raison suivante : « Privilegium non valet contra rem publicam, » ou : « Necessitas publica major est quam privata. » Cette raison prétendue n'est autre chose que la première idée, reproduite sous une autre forme.

L'auteur suit volontiers, dans son travail, la règle qu'il impose au droit civil : « Non remota causa, sed proxima spectatur. » Il lui suffit ordinairement d'une décision un peu plus générale que celle dont il donne l'application. Il ne pense pas à remonter à la cause première. Lui-même, il est vrai, nous prévient dans sa préface qu'il veut éviter la faute de ceux qui s'attachent aux raisons générales et oublient leur sujet, mais il ne veut pas non plus être de ceux qui se restreignent à l'espèce, sans s'élever au-dessus du particulier. C'est le juste milieu qu'il cherche ; il ne l'a pas trouvé. Il ne sert à rien de donner une explication qui doit elle-même être expliquée. Il suffit qu'une règle soit écrite dans la loi positive pour que nous soyons tenus de nous y conformer ; dès que l'on veut nous démontrer qu'elle est fondée en raison, il faut que la démonstration soit complète et ne nous laisse aucun doute ; il n'est pas sans danger d'ouvrir

la voie du raisonnement pour s'arrêter avant de l'avoir parcourue tout entière.

Quant à l'utilité prétendue des *Regulæ juris*, l'illusion de Bacon est plus grande encore. Rien de plus dangereux que la forme générale et absolue donnée à des propositions susceptibles d'exceptions et de distinctions, comme il l'avoue lui-même. Le secours offert à la mémoire est vain, si elle ne peut garder la règle, sans se charger du développement qui la suit; il tend un piége à la raison, si celle-ci n'est capable de discerner les cas où il faut soit appliquer, soit exclure cette règle. Rien ne dispense ceux qui veulent apprendre le droit de la nécessité de l'étudier aux sources mêmes; l'étude n'en est pas moins indispensable, pour être difficile. Enfin, si les hommes de pratique ont peu de goût pour la recherche du fondement philosophique des lois, il n'ont pas beaucoup de confiance dans ces généralisations factices, qui prêtent à des cas divers les dehors d'une trompeuse unité, que l'on obtient souvent en sacrifiant des éléments essentiels au détail, et qu'on est réduit à détruire après les avoir formées, par respect pour la réalité.

4. *De antiquitatibus legum.* — Le respect survit à l'autorité pour les antiquités des lois; on appelle ainsi les ouvrages écrits sur les lois et les jugements avant la rédaction du *Corpus legum*. Il faut extraire et rassembler en un seul volume ce qu'ils contiennent de plus utile, « ne antiquæ fabulæ, ut loquitur Tribonianus, cum legibus ipsis misceantur. » (Aph. 86.)

Le souvenir de Tribonien reparaît même à propos d'un ouvrage qu'il n'a pas directement inspiré. L'idée de Bacon serait, du reste, irréprochable, si l'exécution n'en était confiée au législateur; ce n'est plus aujourd'hui qu'il faut démontrer de quelle utilité peut être l'étude des antiquités des lois; on verra plus loin quelle place Bacon lui faisait dans son propre enseignement.

Quant aux deux derniers ouvrages que demande Bacon, les *Summæ*, manuel méthodique et abrégé du droit, et les *Formulæ agendi*, recueil des formes de procédure, ils sont faits pour la pratique, non pour l'enseignement du droit. C'est en y pensant que l'auteur dit, dans l'aphorisme 79 : « At scientiam juris et practicam auxiliaribus libris ne nudanto, sed potius instruunto. » En parlant des *Summæ*, il recommande bien « ut ex iis recolatur jus, non perdiscatur. »

L'idée de faire intervenir le législateur dans l'enseignement du droit paraît unanimement condamnée aujourd'hui. On lui reproche quelquefois d'imposer des programmes aux professeurs; ce n'est pas pour lui permettre de se substituer à eux en rédigeant des manuels. Une telle intervention fait obstacle aux progrès de la science en la rendant immobile. Rien ne dit que la méthode suivie par le rédacteur officiel, que les expressions employées, les explications données par lui soient les meilleures; l'autorité législative n'est pas une autorité scientifique. La science ne peut rester stationnaire; quand elle n'avance pas, elle rétrograde; qu'attendre des professeurs, quand leur besogne est toute faite? Le droit se développe et change sans cesse; un manuel d'enseignement, une fois rédigé, ne peut se prêter aux mêmes variations et reste forcément en retard sur la pratique. Nous n'avons pas besoin d'insister sur les inconvénients d'un système que nul ne soutient plus.

Quels qu'ils soient, ils ne sauraient prévaloir sur la nécessité : « Les hommes raisonnables, » dit quelque part Bacon [1], ne seront-ils pas persuadés aussi bien par la nécessité de la raison que par la nécessité de la fortune? » Quand la science est morte, il faut bien que la législation prenne sa place. Aussi ne peut-on reprocher à Justinien ni la rédaction de livres officiels pour l'enseignement, ni la défense faite, sous les peines les plus sévères, d'exprimer ou d'enseigner une opinion contraire ou seulement étrangère aux nouveaux recueils, d'y rien ajouter, même de les commenter. La science du droit était tombée si bas, qu'il était impossible de compter sur elle, et, d'un autre côté, comme l'ignorance est toujours paresseuse et souvent présomptueuse, il fallait garantir le droit des modifications qu'y auraient introduites, tantôt le défaut d'intelligence et de travail, tantôt une hardiesse sans lumières, si l'impunité avait été assurée.

La réforme proposée par Bacon n'est pas aussi aisée à justifier, même si l'on en restreint l'application à l'Angleterre. Lui-même regrette à plusieurs reprises que la composition du Digeste ait été faite sous Justinien, « que les œuvres des anciens aient été mutilées d'après le jugement et le choix d'un âge moins sage

[1] An apology of the earl of Essex.

et moins savant [1]. » Le règne de Jacques Ier, ce Moïse, ce Salomon anglais, est au contraire favorable pour une pareille œuvre. Nulle part Bacon ne se plaint que la jurisprudence anglaise soit en décadence ; elle n'avait jamais été plus florissante que de son temps. Ce qui montre bien qu'il n'avait pas, comme Justinien, l'excuse de la nécessité, c'est qu'il ne songeait nullement à supprimer la science non officielle ; il laissait subsister l'enseignement du droit, tout en lui offrant des secours qu'il croyait simplement utiles, non pas indispensables.

Pourquoi donc le philosophe anglais a-t-il adopté une théorie qui n'est nullement philosophique, lorsqu'il pouvait s'en dispenser ? Il ne portait pas dans les sciences politiques la même hardiesse de vues et de langage que dans les sciences naturelles et dans la philosophie spéculative. Il s'y montrait au contraire plein de respect pour les enseignements du passé ; toutes ses propositions de réforme s'appuyaient sur quelque grand exemple. Ce n'était pas qu'il se fût fait une règle de conduite comme Descartes, qui dit : « Afin que je ne demeurasse point irrésolu en mes actions, pendant que la raison m'obligerait de l'être en mes jugements, et que je ne laissasse pas de vivre dès lors le plus heureusement que je pourrais, je me formai une morale par provision, qui ne consistait qu'en trois ou quatre maximes dont je veux bien vous faire part. La première était d'obéir aux lois et aux coutumes de mon pays [2]... » Non, Bacon obéissait à un système arrêté et définitif. Sa prudence politique et sa hardiesse philosophique procèdent de la même cause ; toute science, selon lui, doit être utile aux hommes. Le reproche qu'il fait à l'antique philosophie, c'est de s'être absorbée en des querelles de mots [3] ; il se considère comme favorisé par Dieu, qui lui a inspiré son grand dessein pour accroître les avantages de la vie et pour en diminuer les souffrances [4]. Il enseigne l'art de recueillir, de consulter, de mettre à profit l'expérience. Si tout est à refaire

[1] *De fontibus juris*, aph. 64. — Cf. The elements of the common law of England, préface.

[2] *Discours sur la méthode*, 3e partie.

[3] *Cogitata et visa*, 13.— *Novum Organum*, 71. — *Temporis partus maximus*, 4.

[4] *Inst. magnæ pars III, Auctoris monitum.* — *Temporis partus maximus*, ibid. — *Inst. magna, dedicatio.* — *Precatio*, 3.

dans la méthode de la philosophie et des sciences naturelles, c'est que cet art est resté absolument ignoré, qu'il faut reprendre dès le commencement toutes les études, en s'assujettissant à un certain nombre de règles! Lorsqu'il s'agit de politique, de droit, l'expérience est tout entière dans le passé; c'est là qu'il faut chercher des enseignements vraiment utiles, d'après la nouvelle méthode elle-même. Avons-nous besoin d'ajouter que les innovations complètes doivent répugner à un Anglais, surtout quand cet Anglais est homme d'État et magistrat en même temps que philosophe?

Or, Bacon ne trouvait qu'un exemple pour le grand travail qu'il conseillait au roi Jacques dans ses lettres, qu'il recommandait dans ses ouvrages aux hommes d'État de tous les pays, pour la réforme des lois et la composition d'un vaste recueil; c'était l'exemple de Justinien. Le droit romain n'avait pas force de loi en Angleterre; il n'y servait même pas de complément à la législation en vigueur, à titre de raison écrite. Mais il y était connu, étudié avec le plus grand soin depuis que le Lombard Vacarius l'avait introduit à Oxford au douzième siècle [1]. Il avait même absorbé, avec le droit canon, l'enseignement universitaire; Fortescue se plaint, dès le quinzième siècle, que le droit anglais, exclu des universités, soit enseigné dans un seul endroit, à Westminster, où se tiennent les cours de la loi et où se jugent les *Law-Proceedings* [2]. Le *Corpus juris* était l'unique modèle qu'on eût sous les yeux. En imitant l'œuvre de Justinien, on devait l'imiter tout entière; on ne pouvait songer à retrancher les *Institutes*, qui devaient faire la partie la plus claire et la plus populaire du nouveau *Corpus juris*, si l'on jugeait de l'avenir par le passé [3].

[1] Voir M. de Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, trad. de M. Guenoux, t. IV, chap. XXXVI, p. 90 et suiv.

[2] Fortescue, *chief-justice* sous Henri VI, suppose un dialogue entre le prince de Galles, fils de ce roi, et lui-même. Il se fait dire par le prince (chap. XLVII) : « Mihi edicas quare leges Angliæ, tam bonæ, frugi et optabiles, in universitatibus non docentur, ut civiles simul et canonum leges, et quare in eisdem non datur baccalaureatus et doctoratus gradus, ut in aliis facultatibus et scientiis est dari consuetum. »

[3] Les Anglais attribuent à Bacon l'honneur d'avoir inspiré le Code Napoléon. M. Dixon, son dernier biographe, s'exprime ainsi : « Le plan développé dans ses Maximes de la loi, et proposé comme une partie de sa

Ce qui aurait suffi pour décider Bacon à se faire sans restriction le disciple de Justinien, c'était la ressemblance incontestable, qui existait entre l'état du droit romain avant les travaux de cet empereur et celui du droit anglais au temps de Jacques Ier. Cette ressemblance nous frappera, pour peu que nous examinions les sources du droit anglais.

Il était d'abord formé de coutumes : « Les lois de l'Angleterre sont aussi mêlées que notre langue; elles se composent de coutumes bretonnes, romaines, saxonnes, danoises, normandes, » dit Bacon [1]. Les *common-laws*, « lois reçues à titre de droit commun et d'une origine en quelque sorte immémoriale [2], » ne sont autre chose que les éléments d'un droit coutumier.

Aux coutumes il faut ajouter les statuts, les actes du pouvoir législatif : le nombre en était fort considérable, il y en avait qui remontaient à un temps fort éloigné, et ils se contredisaient souvent les uns les autres. Bacon pensait à la législation de sa

grande réforme dans le *De augmentis*, a eu plus de succès au dehors qu'il n'en a obtenu dans sa patrie. Il a été lu partout et particulièrement en France. Il fut traduit par Baudoin, et dédié à Séguier, chancelier de France. Il a fleuri et porté des fruits dans ce pays. Mais une révolution française fut nécessaire pour achever cette vaste et philosophique innovation dans les choses établies; et le Code Napoléon est encore maintenant, en 1860, la seule réalisation de la pensée de Bacon. » (*Personal history of lord Bacon*, chap. II, n° 20.) Le nom de Bacon est cité dans les travaux préparatoires du Code Napoléon, mais on peut dire que ses projets n'ont aucun rapport avec l'idée fondamentale de ce code. Bacon ne va pas plus loin que Justinien, et c'est à cet empereur que devrait appartenir l'honneur réclamé par M. Dixon pour son compatriote. Bacon pousse la fidélité de l'imitation jusqu'à demander deux recueils distincts, l'un pour la *Common-law*, l'autre pour les statuts, afin que l'Angleterre ait aussi un Digeste et un Code. La substitution d'un code unique à tous les monuments législatifs, quels qu'ils fussent et quelle qu'en fût l'origine, lui aurait paru une mesure révolutionnaire, qui n'aurait été justifiée par aucun précédent, et qui aurait pu offrir de graves dangers. Elle ne s'est pas même présentée à son esprit. Il a seulement pensé à la codification du droit coutumier, *Common-law*, et, sans examiner quels en seraient les avantages ou les inconvénients, il a déclaré qu'il n'oserait jeter ainsi ce droit dans un nouveau moule (A proposition to His Majesty, touching the compiling and amendment of the laws of England). Le Code Napoléon ne doit rien à l'Angleterre.

[1] *A proposition to His Majesty*, etc.

[2] *De fontibus juris*, aph. 60.

patrie, quand il s'exprimait ainsi : « Il pleuvra sur eux des filets, dit le prophète : or, il n'est point de pires filets que les filets des lois, surtout ceux des lois pénales, lorsque, le nombre en étant immense et le laps de temps les ayant rendues inutiles, ce n'est plus une lanterne qui éclaire notre marche, mais un filet qui embarrasse nos pieds [1]. »

La jurisprudence partageait, en quelque sorte, le pouvoir législatif avec la royauté et le parlement. Bacon ne permet pas à un tribunal de rendre une décision contraire à celle d'un tribunal du même rang dans un cas semblable; il veut que le jugement soit précédé d'une consultation dans une cour supérieure [2]. Il indique la manière dont il faut recueillir et classer ces documents, qui lient le juge à l'égal des lois [3]. On a tout dit sur cette immense autorité donnée en Angleterre à la jurisprudence, et sur les inconvénients qui en résultent pour l'enseignement du droit, comme pour l'administration de la justice.

Les ordonnances de chancellerie constituaient une autre source de droit. C'étaient de véritables édits du préteur. Bacon, dans le traité *De fontibus juris* [4], conseille d'établir des tribunaux prétoriens, chargés de juger les cas omis par le législateur. Il demande que les juges qui les composent, à l'imitation du préteur romain, « se proposent, autant que possible, des règles fixes et les affichent publiquement [5]. » Dans ce passage, comme dans beaucoup d'autres, il se reporte aux institutions de sa patrie, en profitant de l'analogie qu'elles offrent avec celles de Rome, pour leur donner des noms antiques. La chancellerie anglaise est cette cour d'équité, ce tribunal prétorien. Dans sa leçon sur les *uses*, que nous examinerons tout à l'heure, Bacon l'appelle la conscience publique du royaume. Comme le préteur, le chancelier est juge et absolu et unique, mais il est entouré de conseillers à l'opinion desquels il est tenu d'avoir

[1] *De fontibus juris*, aph. 53. Cf. *A certificate to His Majesty, touching the Projects of sir Stephen Proctor relating to the penal laws.*— La comparaison des statuts anglais avec des filets revient constamment dans les écrits de Bacon : voir *A proposition to His Majesty*, etc. — *A speech used by sir F. Bacon, knight, by occasion of a motion concerning the union of laws.*

[2] *De fontibus juris*, aph. 95.

[3] *Ibid.*, aph. 73 et suiv.

[4] Aph. 42 et suiv.

[5] Aph. 46.

égard [1]. Il n'est pas astreint à faire l'application des lois, il a le droit d'y déroger [2]. Il peut, pour satisfaire à l'équité, annuler ou modifier un jugement rendu conformément au droit strict. Bacon, dans les ordonnances qu'il rend comme lord garde du grand sceau, promet de ne rien dire qui tende à détruire une décision judiciaire et de corriger seulement ce qu'il trouvera de corrompu dans la conscience des parties, en prescrivant une restitution ou toute autre mesure exigée par l'équité [3]. Quand il prend possession de sa place, il parle de ses ordonnances et les compare à l'*album* du préteur [4]. Nous en avons le texte. Il ordonne par exemple que celui qui défère un jugement à la chancellerie donne caution avant tout [5]. Il règle les *injunctions*, ordres tout à fait analogues aux interdits du droit romain, et, comme ceux-ci, concernant surtout la possession : « Quant aux *injunctions* sur la possession, je conserverai la possession à ceux à qui elle aura appartenu au temps de la demande et pendant une année auparavant, à moins qu'elle n'ait été acquise par force ou par ruse [6]. » La disposition est toute romaine.

Enfin les *reports* des jurisconsultes jouissaient d'une grande autorité, sans pouvoir enchaîner les juges, comme à Rome. Ce sont les *scripta authentica* dont Bacon veut faire réduire la masse énorme à un petit nombre de volumes [7].

[1] « Mylord chancelier, quoique vous soyez juge absolu dans la Cour où vous siégez, Votre Seigneurie peut appeler autour d'elle autant de juges qu'il lui semble bon. » (*The argument in the case of the Post-nati of Scotland.*) — « J'assure Vos Seigneuries que, si je trouve la moindre différence entre l'opinion de ceux qui m'assistent et la mienne, quoique je sache bien que le pouvoir de juger réside entièrement en moi, cependant je recourrai à l'oracle du propre jugement du roi avant de prononcer. » (*The effect of that which was spoken by the lord Keeper of the great seal of England, at the taking of his place in chancery.*)

[2] Bacon, dans sa leçon sur le statut des *Uses*, parle d'une loi en ces termes : « C'est une loi dure et qui ne doit pas être suivie dans une Cour de conscience. »

[3] *Ordinances in chancery*, 34.

[4] *The effect*, etc.

[5] *Ordinances*, 36.

[6] *Ibid.* — M. Laboulaye, dans ses remarquables *Études sur la propriété littéraire en Angleterre*, signale l'analogie qui existe entre le droit romain et le droit anglais (p. 61). Il rapproche les *injunctions* de nos référés (p. 69).

[7] *De fontibus juris*, aph. 78.

On trouve une frappante analogie entre le droit anglais et le droit romain, quand on étudie les sources de l'un et de l'autre. On la trouve pas une moindre dans l'esprit ordinaire de la jurisprudence, dans le respect du texte, dans les détours ingénieusement imaginés pour en éluder les prohibitions. Sans doute elle est due en partie à l'étude profonde qui se faisait du droit romain, même dans les universités, en partie à certaines ressemblances de caractère entre les deux peuples. « Je ne puis, dit Blackstone [1], introduire une action pour recouvrer la possession d'un étang ou d'une autre pièce d'eau en nommant seulement l'eau... je dois introduire mon action pour la terre qui est au fond et dire : vingt acres de terre couverts d'eau, car je n'ai que l'usufruit de l'eau, tandis que j'ai la propriété de la terre. » Il semble qu'on entende un jurisconsulte romain expliquer les termes rigoureux d'une formule. Pour faire passer un fief entre les mains d'un collatéral du dernier feudataire, quand ce collatéral ne descend pas du premier concessionnaire, on n'a pas abrogé le principe féodal qui exclut de la succession au fief tout autre qu'un descendant du premier concessionnaire ; on a imaginé de faire considérer dès l'origine *feudum novum* comme *feudum antiquum*, et, comme on ne dit pas à quel ancêtre est censé remonter le droit, tout collatéral peut succéder à tout feudataire [2]. Nous verrons bientôt Bacon signaler une autre analogie dans les institutions et dans les procédés.

Les sources du droit étaient à peu près les mêmes et à peu près aussi nombreuses en Angleterre et à Rome : de chacune d'elles, dans les deux pays, était sortie, durant plusieurs siècles, une quantité considérable de règles et de décisions ; chacune d'elles aurait formé, à elle seule, une législation confuse et souvent contradictoire ; que devait être la réunion de toutes ? Disposé à faire dans la législation anglaise une réforme aussi nécessaire que l'avait été celle du droit romain, habitué à retrouver dans les institutions et dans la jurisprudence anglaises l'esprit qui avait présidé à la formation de ce droit, un jurisconsulte comme Bacon devait naturellement s'attacher au plan de Justinien et l'embrasser tout entier.

[1] T. II, *The rights of things*, chap. II.
[2] *Ibid.*, chap. XIV.

II

Nous allons voir maintenant Bacon à l'œuvre comme professeur de droit anglais. Il était déjà conseil de la reine [1], quand il voulut entrer dans l'honorable société de Gray's Inn, et, pour s'y faire admettre, il eut à faire deux leçons.

On nous permettra de donner ici quelques détails sur l'organisation des écoles de droit anglaises. Ils feront comprendre comment le nom et les travaux de Bacon se trouvent mêlés à leur histoire.

Nous l'avons déjà dit, le droit anglais n'était enseigné qu'à Londres, non dans des universités, mais dans des établissements appelés *inns*, du même nom que les auberges. L'origine en remonte à Henri III. Ce prince, ayant confirmé en 1225 la Grande Charte arrachée à son père Jean sans Terre, éloigna les Cours de justice de son palais, pour se conformer à l'une des dispositions qu'elle contenait, et les établit à Westminster-Hall. « Vers ce temps, dit Maitland [2], les hommes de loi ou praticiens de ces cours commencèrent à former une société, probablement Thavie's Inn (à l'auberge de Thavie), à Halbourne, en forme de collége : ce qui fit donner au lieu de leur résidence le nom d'*inn* ou maison de Cour, et Henri III, par son mandat [3], adressé au maire et aux shériffs de Londres, vers l'an 1244, leur enjoignit strictement de faire proclamer dans la cité que personne ne se permît d'y établir une école, ou des écoles pour l'enseignement du droit. »

Ces réunions d'hommes de loi et de praticiens devinrent, en effet, des écoles de droit : « Dans chacune de ces sociétés, dit encore Maitland, sont tenus des *meetings* (conférences), c'est-à-dire des réunions publiques pour l'instruction des étudiants, où sont traités divers points de droit abstrus, d'après le genre des procès dans les cours de justice. »

Deux siècles après le règne de Henri III, Fortescue disait : « Il y a dix *inns* inférieurs, et quelquefois plus, qu'on nomme *inns of chancery*. Chacun d'eux compte au moins cent étudiants,

[1] Il reçut ce titre en 1595, à l'âge de trente-quatre ans.

[2] *Histoire de Londres*, liv. VI, chap. II, t. II, p. 1978.

[3] On peut remarquer ce nom romain donné à un acte royal.

quelques-uns en ont un beaucoup plus grand nombre, quoique tous n'y soient pas réunis en même temps. Ces étudiants sont, pour la plupart, des jeunes gens ; ils apprennent les principes et comme les éléments de la loi : ceux qui y font des progrès en avançant en âge, passent dans les *inns* supérieurs de cette étude, qu'on nomme *inns of Court*. Ces *inns* supérieurs sont au nombre de quatre, et ils ont au moins, de la même manière que plus haut, deux cents étudiants ou à peu près [1]. » L'auteur parle ensuite de la dépense que doivent faire ces étudiants ; elle ne s'élève pas à moins de quatre-vingts écus par an. Aussi n'y a-t-il que les fils de nobles qui puissent entrer dans ces établissements, les pauvres ne pouvant faire des frais si considérables, et les commerçants ne voulant pas les prélever sur leurs bénéfices [2]. A peine trouverait-on dans le royaume un homme instruit en ces lois qui ne fût pas noble et sorti d'une famille noble ; aussi n'enseignait-on pas seulement le droit dans les *inns*, on y trouvait *gymnasium omnium morum qui nobiles decent*, on y apprenait le chant et toute espèce d'harmonie. La prospérité de ces écoles était grande ; elles avaient plus d'élèves qu'Orléans, Angers ou Caen : elles ne le cédaient qu'à Paris.

Un contemporain de Bacon, Camden, dans sa *Britannia* [3], disait : « Il y a douze édifices, *hospitia vocant*, consacrés à notre droit municipal, dont quatre, très-beaux et très-vastes, pour le forum ou la cour, comme on dit, le reste pour la chancellerie. Les jeunes gens nobles y étudient le droit en si grand nombre, que, pour la quantité des étudiants, ils ne le cèdent ni à Angers, ni à Caen, ni même à Orléans, comme l'atteste Fortescue dans son livre sur les lois d'Angleterre. »

Le temps n'apporta aucun changement à la constitution de ces établissements. On peut voir les détails très-curieux que Maitland donne, à la fin du dix-huitième siècle, sur les *inns of court* [4] et sur les *inns of chancery* [5].

Les quatre *inns of court* sont Gray's Inn, Lincoln's Inn, Inner-Temple et Middle-Temple. « Quoique ces sociétés, dit Mait-

[1] *De laudibus legum Angliæ*, chap. XLIX.
[2] On appelait autrefois les étudiants des *Inns of court* : *apprentici nobiliores*.
[3] Ouvrage dédié à Jacques Ier, 1607. *Middlesex*, p. 307.
[4] *Loc. cit.*
[5] Liv. II, chap. XXIII, p. 978.

land, ne soient pas incorporées [1] et n'aient pas le pouvoir de faire des règlements pour leur gouvernement, elles ont cependant certaines règles qui ont obtenu force de loi par le consentement et la prescription. »

Ces établissements ont un double caractère ; ce sont des réunions d'hommes de loi et des écoles de droit. La société de Gray's Inn se compose de *readers* (professeurs), *ancients*, *utter-barristers* et *students*.

« Les membres de cette société, dit Maitland, doivent être à l'ordinaire une quinzaine par terme, et ils payent 16 shillings pour ce temps. Les officiers et les serviteurs de cet *inn* sont : un trésorier, un sénéchal, un chef et trois sous-sommeliers, un cuisinier en chef et un cuisinier en second, un panetier, un jardinier, les hommes du sénéchal, un sommelier en chef et deux portiers. » Cette organisation matérielle se relie étroitement à l'enseignement du droit, puisqu'il faut avoir payé un certain nombre de termes pour devenir de *student barrister*. Ce sont des inscriptions qui servent à plusieurs fins.

Tous les hommes de loi se partagent entre ces divers établissements, même ceux qui ont des fonctions publiques. *Clifford's Inn* était composé surtout d'attorneys et d'officiers de la cour du maréchal, *Serjeant's inn*, de juges et de *serjeants at law*.

Bacon, qui avait été jadis étudiant à Gray's Inn, se fit recevoir dans la société. Il y garda une habitation, même quand il fut chancelier, et l'on a des lettres écrites par lui de Gray's Inn dans les derniers temps de sa vie [2].

Nous revenons maintenant au cours qu'il fit pour être admis à Gray's Inn.

Il choisit pour ses deux leçons un sujet unique, le statut des *uses* [3].

[1] C'est-à-dire : quoiqu'elles ne forment pas des personnes civiles.

[2] « Sedem sibi delegit studiis suis et officio advocati commodam inter honorabilem societatem hospitii Grejensis : in cujus societatis numerum sese adscripsit, ubi elegans illud ædificium sive structuram erexit, quæ hodie baronis Baconi nomine innotescit, quam per vices maximam partem vitæ, paucis solummodo annis exceptis, usque in diem mortis incoluit. » (*Vie de Bacon* par Rawley).

[3] *The learned reading of M. Francis Bacon, one of Her Majesty's counsels at law, upon the statute of uses, being his double reading to the honourable*

Blackstone définit le *use* « une confiance placée en une personne qui tient la terre, *terre-tenant*, l'obligeant à disposer de la terre conformément aux intentions de *cestuy que use*, ou de celui pour l'usage, *use*, duquel elle a été concédée, et à lui en laisser prendre les profits [1]. »

Quand un professeur n'est pas astreint à prendre une matière déterminée, quand il choisit le sujet de son cours, il doit rendre raison de son choix. C'est ce que fait Bacon en ces termes : « J'ai pris pour ma leçon le statut des *uses*, de la vingt-septième année du règne de Henri VIII, qui fait jusqu'à ce jour vaciller les héritages de ce royaume comme les vaisseaux sur la mer, de telle sorte qu'il est difficile de savoir quel bâtiment subira un naufrage, lequel touchera au port, c'est-à-dire quels sont les titres qui resteront inébranlables et ceux qui ne le seront pas.

Puis Bacon explique, dans une longue introduction, ce qu'il faut dire sur le sujet et quelle méthode il adopte, en s'excusant de s'écarter du mode d'enseignement reçu dans les écoles. « Quoique je ne puisse ignorer la difficulté de la matière, difficulté que connaîtront bientôt tous ceux qui y mettront la main, et encore bien moins ma propre faiblesse, dont j'ai sans cesse la conscience et le sentiment ; cependant, ayant plus de moyens pour réussir que ceux qui sont plus jeunes, plus de loisirs que ceux qui sont plus élevés, je pensais qu'il ne m'était pas impossible de faire un travail utile, d'autant plus qu'un esprit inférieur, attentif et consacré à ce sujet, doit souvent, par la patience et la méditation, résoudre et vaincre beaucoup de difficultés, qu'un esprit supérieur, distrait par un grand nombre de matières, couperait en deux au lieu de les dénouer ; et, du moins, si mon invention ou mon jugement étaient trop stériles ou trop faibles, j'espérais encore, grâce à d'autres moyens, disposer ou réunir les autorités ou les opinions qui concernent les cas des *uses*, dans une méthode et dans un ordre tels qu'elles s'éclairassent les unes les autres, bien que n'ayant pas de lumière à recevoir de moi-même. Il en sera de la manière dont je ferai ma leçon, comme du sujet que j'ai choisi, car mon intention est de ressusciter et de conti-

society of Gray's Inn. — Nous sommes forcé de garder le mot anglais *use*, qu'aucune expression, dans notre langue, ne rend exactement.

[1] T. II, chap. XX.

nuer l'ancienne forme que vous pouvez voir dans les leçons de M. Frowicke sur la prérogative, et dans toutes celles de l'ancien temps, qui prête moins à l'ostentation et donne plus de fruit que la manière récemment adoptée. Cette ancienne méthode consiste à exposer les statuts, à signaler les différences qui les séparent d'autres matières, non à chercher sans cesse des subtilités et des difficultés. »

Bacon est tout entier dans cette introduction. Ce qu'il voit autour de lui ne le satisfait pas ; il trouve dans la méthode ordinaire d'enseignement plus de curiosité et de singularité que de souci d'être utile : il lui en faut une autre. Mais il est prudent jusque dans sa réforme, et il ne combat l'autorité du présent qu'en appelant à son secours l'autorité plus respectable encore du passé [1]. Les difficultés de la tâche ne l'effrayent pas, il se croit avec raison capable d'en triompher ; mais, pour écarter le reproche de présomption, c'est à sa méthode qu'il reporte l'honneur du succès [2]. L'utilité est le but qu'il poursuit, la méthode, la voie qui l'y conduit, le respect et l'imitation prétendue ou vraie du passé, les moyens qui en détournent les obstacles.

La leçon est divisée en six parties : 1° nature et définition de l'*use*, son origine et ses progrès avant le statut ; 2° seconde naissance de l'arbre des *uses* depuis le statut ; 3° titres de l'*use* dans le royaume jusqu'à ce jour ; quels sont, d'une part, ceux qui sont conformes à la raison et à l'équité, et qui doivent être respectés autant que le permet le sens naturel du statut ; d'autre part, quels sont ceux qui doivent être supprimés ; 4° certaines règles et dispositions de lois qui se rapportent au sujet ; 5° quel est le meilleur moyen de remédier aux inconvénients provenant du statut, par l'interprétation du statut lui-même, sans faire violence à son texte et à son esprit ; 6° quels sont les remèdes qui pourraient y

[1] *Sermones fideles*, XI, *De magistratibus et dignitatibus*, 2 : « Retrahe res ad primam earum institutionum et circumspicias in quibus et quibus modis degeneraverint. » — Cf. *De dignitate et augm. sc.*, lib. III, cap. IV. — *A frame of declaration for the master of the wards at his first setting*, etc., etc.

[2] *Nov. Org., Praef.* : « Quum per nos illud agatur, ut alia omnino via intellectui aperiatur, illis (veteribus) intentata et incognita, commutata jam ratio est, cessant studium et partes ; nosque indicis tantummodo personam sustinemus : quod mediocris certe est auctoritatis et fortunæ cujusdam potius quam facultatis et excellentiæ. »

être apportés par actes du parlement. « Je crois bon, dit Bacon, de réserver et de ne pas publier cette dernière partie. »

Ces divisions peuvent elles-mêmes se ramener à trois : définition et histoire de l'*use*, exposé de la législation en vigueur, des améliorations à y introduire par voie législative [1].

Le professeur définit l'*use* dans la première partie ; mais il ne suffit pas de donner une définition si l'esprit n'est suffisamment préparé pour la comprendre, surtout quand l'idée qu'elle doit présenter s'écarte des notions généralement reçues, et il en est ainsi de l'*use*, sujet tout à fait exceptionnel dans le droit. Bacon cherche, en premier lieu, ce que l'*use* n'est pas ; ce n'est ni un *jus in re*, ni un *jus ad rem*, ni une fraude ou collusion. Ce qui en fait le caractère essentiel, c'est une confiance « permanente et générale. » Il arrive à donner la définition que reproduit à peu près Blackstone : « Usus est dominium fiduciarium, » et, distinguant les droits en *precarium*, *fiduciarium*, *legitimum*, il définit le *jus fiduciarium* : celui pour lequel il n'y a de remède que dans la conscience. Quel est ce remède ? Il y a une double conscience, la conscience privée et la conscience générale du royaume, qui est la chancellerie. La définition, grâce à l'explication par voie d'élimination qui la précède, est complète et précise ; elle donne bien à l'institution son caractère *fiduciaire*, en faisant voir comment celle-ci peut être protégée par l'autorité publique d'une manière appropriée à sa nature, et sans passer dans la classe des *jura legitima*.

En commençant l'histoire, Bacon se demande si l'on trouve, soit dans les législations étrangères, soit dans celle de l'Angleterre, quelque institution analogue à l'*use* ; il écarte l'usufruit romain, qui n'a de semblable que le nom, et en rapproche le fidéicommis en insistant une fois de plus sur la ressemblance du droit anglais avec le droit romain, et en comparant le chancelier au préteur fidéicommissaire [2]. Il rappelle aussi le rappro-

[1] Le savant professeur dont la Faculté de Paris déplore la perte prématurée, M. Oudot, se rapprochait de Bacon, quand il disait, dans ses *Premiers essais de philosophie du droit* (p. 110) : « Toute institution humaine doit être présentée par le professeur aux élèves : 1. Dans son histoire, 2. Dans son état actuel, 3. Dans les perfectionnements qu'elle attend de l'avenir. Ce qui fut, ce qui est, ce qui doit être, voilà les trois parties d'un enseignement qui aspire à être complet. »

[2] Il y a toujours entre les deux institutions cette différence, que le fidéi-

chement fait, par un ancien jurisconsulte anglais, entre l'*use* et le *copyhold estate* [1].

Il énumère les statuts faits avant Henri VIII, et résume cette première partie, non sans chercher à démontrer qu'au secours de la conscience publique s'ajoute l'autorité de la loi commune elle-même, puisque celle-ci régit la cour du chancelier et en détermine les pouvoirs. En lisant ce passage, on se rappelle que Bacon s'est fait une loi de célébrer les dignités, *dignitates*, de tous les sujets qu'il traite ; mais ici le jurisconsulte tombe dans la subtilité pour faire valoir la matière, en y découvrant un mérite inconnu : il n'a pas évité l'ordinaire écueil des monographies.

De là, il passe au sujet lui-même. Fidèle au système que nous venons d'indiquer, et plein du désir d'inspirer le respect de la loi, bien qu'il n'en doive pas dissimuler les défauts, il fait un éloge pompeux du statut.

Il examine ensuite trois choses, la date, le titre, le caractère général du statut, pour montrer ce que le législateur avait à faire, ce qu'il a voulu faire, ce qu'il a fait, puis la division et l'ordre. « Le statut, comme toute loi, se compose d'un préambule, du corps de la loi, des exceptions et clauses. Le préambule expose les inconvénients, le corps de la loi donne le remède, les exceptions et les clauses détruisent les inconvénients du remède, car les nouvelles lois sont comme les drogues des apothicaires, elles guérissent la maladie, mais en troublant le corps ; par suite, il faut qu'elles soient corrigées par des épices. Ainsi, il n'est pas possible de trouver pour un mal public, quel qu'il soit, un remède qui ne cause pas quelque trouble, et, par suite, on épice les lois avec des clauses pour les corriger. »

Dans le préambule lui-même, Bacon trouve trois parties : l'une, où sont exposés les principaux inconvénients auxquels il

commissaire, mis en possession de la chose, n'a plus besoin de l'intermédiaire du fiduciaire, tandis que, dans l'*use*, le droit de *cestuy que use* suppose la coexistence du titre du *terre-tenant*.

[1] Voir Blackstone, t. II, chap. IX. C'est une des espèces de propriété, *less than freehold* ; elle n'est pas libre. Blackstone la définit : *estate at will*, à volonté, précaire. Cependant elle est garantie par l'inscription sur les registres de la cour du comté, *an estate held by copy of court roll*. Sur la nature et la valeur de cette garantie, voir *ibid.*, chap. VI, *in f.*

faut remédier ; une autre, où sont signalés quelques inconvénients particuliers ; une troisième, indiquant brièvement de quelle manière il y est remédié par le statut.

On voit que la leçon de Bacon renferme deux introductions : l'une sur la matière des *uses*, l'autre sur le statut. C'est après ce double préliminaire qu'il en vient au corps de la loi.

Voici quelle marche il se promet de suivre : « Pour le corps de la loi, je voudrais que tous les professeurs qui exposent des statuts fissent ce qu'on impose aux écoliers, qu'ils se missent à chercher d'abord le verbe principal, c'est-à-dire à noter et à signaler les mots essentiels sur lesquels repose le statut, car il y a, dans chaque statut, certains mots qui sont comme les veines où viennent la vie et le sang du statut, et où naissent tous les doutes ; les autres sont *litteræ mortuæ*, des mots de remplissage. » D'après la règle qu'il pose, il cherche lui-même les mots essentiels dans le statut des *uses ;* ainsi, il dit : « Le cas général est fondé sur huit mots essentiels, dont quatre relatifs au concessionnaire, trois relatifs à *cestuy que use*, et un relatif à tous les deux. »

Il divise ainsi le corps de la loi : « Les cas du statut sont au nombre de trois, et chacun a sa disposition : le cas général, le cas de concessionnaires tenant pour l'usage de l'un d'eux, et l'usage général des concessionnaires, pour l'usage ou la jouissance des rentes ou profits. »

Chaque cas a une règle spéciale. Bacon suit, dans les explications successives, une division symétrique. « La règle a deux parties : la première, *operatio statuti*, l'effet que doit produire le statut ; de plus, *modus operandi*, la fiction ou l'explication de la manière dont le statut produit cet effet. L'effet est que *cestuy que use* soit en possession du droit qu'il a dans l'*use ;* la fiction *quomodo* est que le statut tienne la possession de *cestuy que use* pour un nouveau corps, composé de matière et de forme, que les concessions donnent la matière et la substance, l'*use* la forme et la qualité. »

Enfin viennent les clauses, que Bacon loue en ces termes : « Les auteurs de cette loi étaient des esprits si politiques et si sages, qu'ils ont prévu non-seulement les inconvénients qui devaient en résulter immédiatement, mais encore ceux qui la suivraient de plus loin, et aux clauses expresses ils ont ajouté

trois autres clauses, qui sont elles-mêmes des lois d'exception. » Ainsi les clauses se divisent, selon qu'elles tiennent à la loi même ou qu'elles s'y rapportent indirectement. Ces dernières, au nombre de trois, sont relatives au testament, au douaire, au *franktenement*. Les premières, au nombre de six, se rapportent à la constitution de l'*use* : quelles personnes peuvent ou ne peuvent pas être saisies d'un *use*, peuvent ou ne peuvent pas être *cestuy que use*, peuvent ou ne peuvent pas constituer un *use*. Bacon les fait rentrer elles-mêmes dans une division plus large, comprenant la naissance, l'extinction, l'exercice des *uses*.

Nous ne pouvons suivre Bacon dans le développement des nombreuses divisions qu'il indique; remarquons, cependant, les termes dans lesquels il annonce la cinquième partie : « Du meilleur moyen de remédier aux inconvénients qui existent actuellement, par l'interprétation du statut, sans faire violence à la lettre ou au sens. » N'aperçoit-on pas ici l'élève de la jurisprudence romaine, un homme habitué à faire prévaloir l'utilité sur la loi écrite sans se permettre un manque de respect envers celle-ci, un jurisconsulte qui connaît les dispositions et le pouvoir des tribunaux de son pays? En France, aujourd'hui, un professeur n'oserait pas promettre ouvertement à ses élèves de leur apprendre à éluder la loi par une habile interprétation, pour en atténuer les inconvénients.

Quant à la sixième partie, celle des améliorations législatives, pourquoi Bacon ne la traite-t-il pas? Peut-être la cinquième partie lui permet-elle de s'en dispenser; on ne sent pas la nécessité de recourir à une loi pour corriger des inconvénients, quand on les fait disparaître au moyen d'une libre interprétation. Peut-être aussi Bacon pense-t-il que Gray's Inn ne doit pas empiéter sur le Parlement. Non-seulement une telle usurpation serait imprudente sous Élisabeth, mais le philosophe a souvent posé dans ses écrits cette règle de conduite, qu'il n'appartient pas à tous de se mêler des affaires de l'État. Lui-même semble n'avoir fait que pour la reine, pour son successeur, pour leurs ministres ou pour le Parlement, les nombreux projets de législation qu'on trouve dans ses œuvres. Il était publiciste et réformateur à huis clos, excepté quand il donnait à sa pensée une forme si générale, qu'il semblait uniquement occupé de la philosophie, non de la politique contemporaine ou du droit de son pays.

Telle est la leçon de Bacon sur les *uses*. Nous ferons observer d'abord qu'il ressent et inspire un profond respect, soit pour la législation anglaise en général [1], soit en particulier pour le statut qu'il explique. Il fait à la fois son métier d'Anglais et son devoir de professeur. Depuis Platon, tous ceux qui ont écrit sur l'éducation ont recommandé aux maîtres d'apprendre aux jeunes gens l'amour et la vénération des lois sous lesquelles ils doivent vivre. Une place spéciale est consacrée à l'éloge du statut. En outre, à mesure que l'occasion s'en présente, on entend d'autres louanges, qui dépassent quelquefois le mérite du législateur : ainsi, il n'est pas besoin d'une grande sagesse pour sentir la nécessité de mesures transitoires, quand on modifie la constitution de la propriété dans un pays : Bacon est décidé à louer.

Son respect ne diminue pas l'indépendance de son jugement ou de sa méthode. Il juge avec liberté, quand il signale les inconvénients de la loi. Pour la méthode, il la suit en homme qui domine le sujet. La matière qu'il traite n'est pas tout entière dans le statut ; le statut vient seulement à sa place dans l'histoire de l'*use*. Quand il faut donner une définition de l'*use*, ce n'est pas le statut qui lui en fournit les éléments. Nous voyons en perspective, sinon en détail, les améliorations législatives. Les rapprochements abondent ; Bacon impose l'ordre et ne le subit pas.

Lui-même nous prévient qu'il a voulu faire un travail utile, et ce n'est pas ici d'une utilité purement philosophique qu'il s'agit. C'est bien une leçon de droit qu'a écrite Bacon dans un de ces ouvrages intermédiaires, dont il parle et dont il donne un exemple dans le *De fontibus juris*, également éloigné de la pure spéculation et du détail pratique. L'utilité pour Bacon ne consiste pas dans la seule explication du texte de la loi, fût-elle aussi complète que possible. Non qu'il dédaigne le texte ; on a vu quel éloge il en fait, avec quel soin il recommande l'étude des expressions mêmes du statut. Mais cette étude doit être précédée de l'étude profonde du sujet lui-même ; il en faut faire connaître la nature et l'histoire. De même que le statut prend sa place dans l'histoire des *uses*, il la prend dans la législation générale. Le sujet de la leçon est l'institution des *uses*, et si l'étude du statut y

[1] Il fait un bel éloge de l'institution du jury.

est la principale, elle n'est nullement exclusive. Le statut contient ce qu'on doit enseigner, mais il ne renferme pas tous les moyens d'enseigner; on les cherche, soit dans l'origine historique de l'institution, soit dans ses rapports avec le reste de la législation en vigueur.

C'est principalement sur sa méthode que Bacon se fie pour faire un travail utile. On trouvera peut-être qu'il emploie trop de divisions. Il gardait quelque chose de cette habitude de diviser, si chère aux savants et aux écrivains des siècles précédents. C'est en vain qu'on veut et qu'on croit s'émanciper; on ne secoue jamais entièrement le joug de l'éducation. Bacon, aspirant à l'honneur d'introduire dans les sciences une méthode nouvelle, la faisait rentrer dans un cadre ancien. Les divisions même ont leur avantage; elles réduisent les idées complexes à leurs plus simples éléments. C'est un avantage dont Bacon a profité plus d'une fois. Il faut reconnaître d'ailleurs que son ordre est aussi clair que logique; il serait irréprochable s'il s'affichait moins. Le détail n'est pas moins bien ordonné que l'ensemble. Le professeur prépare le plus complétement possible l'esprit qu'il veut instruire; l'explication vient après cette préparation; les notions étant données, à un moment où elles doivent être immédiatement comprises, le jurisconsulte en tire les conséquences, fait les réserves et les distinctions nécessaires; en un mot, l'application suit la théorie.

Le respect de la loi se conciliant avec l'indépendance du jugement et de la méthode, la méthode elle-même consistant à tout embrasser plutôt qu'à tout pénétrer, à faire comprendre plutôt encore qu'à faire savoir, commençant par un travail préliminaire, où l'histoire joue un rôle important, arrivant à la notion du sujet, en donnant le développement, puis l'application, tendant sans cesse à simplifier les idées par les divisions et les divisions par la symétrie, voilà ce que nous remarquons particulièrement dans la leçon du philosophe jurisconsulte.

Nous pouvons rapprocher de la leçon sur le statut des *uses* deux traités écrits par Bacon et intitulés, l'un : Exposé du service érigé récemment sous le nom d'*office* des compositions pour aliénation [1], et l'autre : l'Usage de la loi pour la conservation

[1] *An account of the lately erected service, called the office of compositions for alienations.*

de nos personnes, de nos biens et de notre réputation, conformément à la pratique des lois et coutumes de ce pays [1].

1. On appelle *Composition for alienation* ou *fine* « une composition amiable ou l'arrangement d'un procès, soit réel, soit fictif, avec l'agrément du roi et de ses juges, par lequel les terres litigieuses passent ou sont reconnues comme appartenant à l'une des parties. Un *fine* est ainsi nommé, parce qu'il met fin, non-seulement au procès ainsi commencé, mais encore à tous les autres procès ou controverses concernant la même matière [2]. »

Les aliénations de ce genre sont soumises à un droit préalable, payé au roi. Bacon commence par diviser les revenus du royaume en ordinaires et extraordinaires. Après avoir placé dans la seconde classe le droit en question, il s'exprime ainsi : « Je crois que j'emploierai bien mon travail en établissant, comme il suit, d'abord, que ces *fines*, exigés pour de telles aliénations, non-seulement remontent à la plus haute antiquité, mais encore sont justes et raisonnables en eux-mêmes; secondement, que le mode moderne et actuel d'après lequel s'exerce cet office est supérieur à l'ancien usage ; enfin, que, Sa Majesté en ayant tiré un grand profit, elle peut, de temps à autre, en usant de modération, chercher le même avantage, sans qu'aucun de ses sujets ait lieu de s'en plaindre. »

Nous retrouvons dans le traité la division générale de la leçon sur les *uses;* le jurisconsulte recherche le fondement et fait l'histoire de l'institution, puis il l'explique, enfin il montre ce qui doit être fait selon lui. C'est aussi le même esprit qui y domine, le même respect pour la loi anglaise. Bacon s'attache avec le plus grand soin à justifier, à louer et l'institution en elle-même et la manière dont elle est organisée.

Nous ferons une seule remarque sur la première partie. Bacon y recherche l'origine des *fines :* « Quant à ce qui touche la raison et l'équité du droit exigé par le trésor dans les aliénations de ce genre, dit-il, voici ce qu'il en est : Lorsque le roi, que notre loi déclare avoir été à l'origine le seigneur suprême de toutes les personnes et le seul propriétaire de toutes les terres dans ses Etats, donna des terres à un de ses sujets, pour les tenir de lui-

[1] *The use of the law for preservation of our persons, goods and good names, according to the practice of the laws and customs of this land.*

[2] Blackstone, t. II, chap. XXI.

même comme de sa couronne et de son diadème royal, il accorda cette faveur à un homme choisi et déterminé, ne pensant pas qu'un autre pût devenir propriétaire du même bien sans sa permission et son bon plaisir. Et par conséquent dans sa concession se trouve cette clause implicite que, si celui qui tient les terres, le concessionnaire, en dispose sans avoir au préalable obtenu l'assentiment royal, elles doivent retourner au roi ou au successeur du roi qui les a données le premier. » Les rois renoncèrent au droit de reprendre les terres concédées, mais en se réservant une amende; encore faisaient-ils à leurs sujets une grande faveur. Voilà une théorie peu satisfaisante pour la raison et pour l'équité. Bacon a confondu complétement l'origine historique avec l'origine rationnelle. Cette origine historique est elle-même fort contestée. Dans le siècle de Bacon et sous le règne de Jacques Ier, ce théoricien du pouvoir absolu, on reconnaissait généralement le droit de propriété primordiale du roi sur toutes les terres de l'Angleterre [1].

Mais cette doctrine ne tarda pas à être battue en brèche, à mesure que le pouvoir royal devint plus limité. Blackstone la combat énergiquement en disant que le droit de propriété universelle est une pure fiction, introduite pour servir de base au système féodal [2]; il est vrai qu'il met cette fiction au rang des principes du droit anglais; mais on ne doit pas faire agir une fiction en dehors du cas spécial pour lequel elle est introduite. L'explication de Bacon doit être rejetée; son erreur montre avec quelle prudence il faut user du secours, à la fois précieux et dangereux, de l'histoire [3].

2. Il semble que Bacon impose au jurisconsulte, comme au législateur, l'obligation d'écrire des livres auxiliaires. On ne peut

[1] Cette opinion se retrouve encore dans l'*Essai philosophique sur le gouvernement civil*, imprimé sous le nom de Fénelon et publié à Londres en 1721 (voir chap. XIV). Il faut se rappeler que cet ouvrage fut rédigé par un Anglais, Ramsay, d'après les conversations que Fénelon avait eues avec le fils de Jacques II en 1709 et 1710. Il est probable que Fénelon s'en rapportait, sur les institutions de l'Angleterre, à ce que lui disaient ses interlocuteurs; ceux-ci n'avaient garde d'abandonner une doctrine si commode pour le pouvoir absolu.

[2] T. II, chap. IV.

[3] Dans la troisième partie de ce traité, Bacon indique avec la plus grande précision la nécessité d'avoir un cadastre et les moyens de le dresser.

voir autre chose dans le traité *De l'usage de la loi*, etc. C'est le résumé rapide et clair d'un sujet immense : connaître les moyens de garantir sa personne, ses biens, sa réputation, c'est connaître le droit entier. Bacon a écrit ce qu'il était indispensable d'apprendre et de se rappeler. Il examine tour à tour combien il y a de tribunaux, quelle est la compétence de chacun d'eux, quels sont les modes d'acquisition et de transmission de la propriété.

La philosophie n'est pas exclue de ce court résumé. Bacon se demande quel est le fondement des peines : « Comme toute punition, dit-il, a pour but l'exemple, il est bon de voir de quelle manière les coupables doivent être punis. » Quand il s'occupe des biens, il cherche pourquoi l'occupation donne la propriété. « La propriété s'acquiert par occupation quand un homme trouve une pièce de terre dont un autre n'est ni possesseur ni propriétaire, et celui qui la trouve l'occupant, l'occupation donne la propriété. Cette loi semble dérivée du texte : *Terram dedit filiis hominum*, ce qui doit s'appliquer à ceux qui viendront labourer et cultiver la terre, et lui feront produire des fruits. » Plus bas, le jurisconsulte n'hésite point à condamner les substitutions fidéicommissaires comme inutiles et injustes ; opinion remarquable chez un Anglais et au commencement du dix-septième siècle !

L'histoire a également une place importante dans le traité. Bacon ne parle pas d'une seule juridiction, sans rechercher quelle en est l'origine, quels changements elle a subis. Il remonte jusqu'à la Grande Charte, jusqu'à la conquête, pour expliquer, soit l'organisation judiciaire, soit la constitution de la propriété ; tout n'est peut-être pas très-exact dans les notions qu'il donne ; nous n'avons pas à les critiquer ; c'est seulement le système que nous examinons.

Il faut encore observer que ce traité, où la philosophie et l'histoire gardent leurs droits, est destiné à la pratique. Le titre l'indique suffisamment : l'*Usage de la loi*, etc.

III

Il en est de l'enseignement du droit, dont Bacon s'est occupé accessoirement, comme des sciences auxquelles il a consacré sa principale étude : ce qu'il a fait vaut moins que ce qu'il a montré

à faire. Ce sont ses indications et ses conseils qu'il importe le plus de recueillir.

Il voyait la plus grande confusion régner dans le droit de son pays; cette confusion même était sans doute chère à quelques esprits, trop attachés au passé pour reconnaître quelque inconvénient dans ce qu'il avait laissé ; il en était qu'une réforme aurait dérangés en détournant le cours de leurs études ; elle eût enlevé à l'ignorance des uns cette excuse commode, qu'on peut se dispenser d'apprendre ce qu'il est impossible de savoir, à l'habileté ou à la complaisance des autres le moyen de diriger ou de juger les procès à leur gré, non d'après la loi. Bacon, qui connaissait et qui signalait souvent ces obstacles, sut voir et osa déclarer que la certitude est la première dignité des lois. Il ne pensait d'abord qu'à la sûreté des citoyens, qu'à la pratique du droit ; mais il n'en pouvait séparer l'enseignement ; les livres auxiliaires vinrent après le Digeste. Qu'il ait eu tort de substituer ou d'adjoindre le législateur au professeur, nous le reconnaissons. Son excuse est d'avoir imité le seul modèle qu'il eût sous les yeux ; son mérite est d'avoir aperçu le lien étroit qui unit la rédaction des lois et l'enseignement du droit, et la nécessité d'organiser cette dernière partie, en y portant à la fois les vues d'ensemble et les explications élémentaires.

Quand il fut lui-même à la tâche, qu'il enseigna le droit dans une leçon ou dans des traités, il proclama que, s'il valait quelque chose, c'était par la méthode. Rappelons-nous à quel moment il écrivait : c'était à la fin du seizième siècle. Le droit n'avait pas plus que les autres sciences, morales, physiques ou naturelles, brillé par la méthode. L'étude des plus grands jurisconsultes de la Renaissance est très-souvent pénible et embarrassante. Les scolastiques divisaient beaucoup; mais diviser n'est pas toujours ordonner. Bacon insiste un peu longuement sur les motifs qui lui font adopter sa méthode ; cela même prouve qu'il se sent réformateur, quand il se trace un ordre logique.

Après la méthode, ce qu'il y a de plus remarquable chez lui, c'est le soin qu'il prend, même dans des traités élémentaires et pratiques, de rechercher la raison philosophique, et de faire l'histoire du droit.

La philosophie, avant lui, semblait étrangère à la jurisprudence; celle-ci se réduisait à l'étude approfondie du texte; on ne

concevait guère d'autre raison que la raison écrite. Les canonistes seuls remontaient au delà des adages et des lois romaines, mais c'était pour emprunter leurs autorités à l'Ecriture sainte; ils composaient ainsi des systèmes, en partie philosophiques, en partie historiques, mais surtout théologiques. C'est au dix-septième siècle que, chez nous du moins, la philosophie du droit commença de se dégager; faut-il rappeler Domat? Encore l'influence de la philosophie théologique est-elle sensible dans ses écrits; si c'est la raison naturelle qu'il consulte, il prend le plus grand soin de lui donner l'Ecriture pour appui; les citations des livres saints ne servent plus chez lui de principes et d'axiomes, mais elles parent et confirment les principes que lui découvre la pure raison. Avant Domat, Grotius avait écrit en philosophe sur une partie du droit qui ne pouvait être traitée que philosophiquement, puisqu'elle n'avait jamais donné lieu à une rédaction. Bacon est antérieur à l'un et à l'autre; comme l'un et l'autre, il a profité de l'exemple des canonistes, en s'émancipant de la tutelle de leur philosophie théologique et en gardant quelque chose de leur langage. Pour lui, « les raisons des lois municipales (c'est-à-dire de la *common-law*), séparées des fondements de la nature, des usages et de la politique, sont comme les fleurs de murailles qui peuvent s'élever très-haut sur le sommet des Etats, mais qui n'ont pas de profondes racines, » dit-il dans une préface, adressée précisément aux membres de la corporation de Gray's Inn[1]. Le désir d'unir la philosophie et la jurisprudence l'a dominé pendant toute sa vie; il l'a exprimé sans cesse; il a fait lui-même ce qu'il jugeait si avantageux, si nécessaire. Ses tentatives n'ont pas toujours réussi; par crainte d'aller trop loin, il s'est souvent arrêté trop court, acceptant, soit un cercle vicieux, soit une raison qui aurait eu elle-même besoin de démonstration, soit un simple fait, peut-être mal prouvé. Il savait que ses contemporains le prisaient beaucoup plus comme philosophe que comme jurisconsulte; il craignait de paraître trop donner à la théorie. D'ailleurs, il n'est pas toujours possible d'achever ce qu'on entreprend. Le conseil n'en avait pas moins sa valeur, quoique l'exemple n'y répondît pas complétement.

[1] *The arguments in law in certain great and difficult cases. Preface.*

Quant à l'histoire, il n'est pas étonnant qu'un jurisconsulte anglais l'ait étudiée avec soin ; le droit anglais est tout historique. Mais Bacon n'a pas seulement obéi à la nécessité d'un enseignement spécial ; il a compris une des conditions essentielles de l'enseignement en général. Il croyait les études historiques indispensables pour l'intelligence des lois et des institutions en vigueur ; il tenait plus à une intelligence d'ensemble qu'à une exacte connaissance du détail. D'après lui, en un mot, l'enseignement doit être utile, mais, pour être utile, il ne saurait se modeler sur la pratique.

ALBERT DESJARDINS,
Docteur ès-lettres, agrégé à la Faculté de droit de Nancy.

DU

CLASSEMENT AU POINT DE VUE DOMANIAL

DES ÉDIFICES AFFECTÉS A UN SERVICE PUBLIC NATIONAL, DÉPARTEMENTAL OU COMMUNAL.

(Fin.)

APPENDICE

SUR L'APPLICATION DE LA LOI DU 1er JUIN 1864 AUX ÉDIFICES DOMANIAUX AFFECTÉS A UN SERVICE PUBLIC.

En profitant de la bienveillante hospitalité de la *Revue historique*, ouverte à notre travail sur les édifices publics considérés d'après le droit civil, administratif et criminel, nous avons contracté l'engagement moral de lui adresser tout ce que nous devions publier sur ce sujet. C'est cette dette que nous venons payer.

L'impression de notre monographie était achevée lorsque parut la loi du 1er juin 1864, *qui règle le mode d'aliénation des immeubles domaniaux*.

Par l'éclat d'une discussion qui avait un instant divisé les deux pouvoirs, la législature et le gouvernement ; par la longue durée des traditions législatives, gouvernementales et administratives qu'elle venait briser ; par son importance intrinsèque et les difficultés pouvant résulter de sa combinaison avec un grand nombre de lois spéciales maintenues en vigueur, cette nouvelle loi domaniale nous a paru digne de faire l'objet d'un traité en cours de publication, et dans lequel elle est envisagée sous tous ses aspects.

Mais sans entrer ni dans l'historique, ni dans le commentaire de cette loi, sans parler des questions multiples que son application est de nature à soulever, nous bornant à reproduire

ici son texte [1], nous allons indiquer les rapports de cette loi nouvelle avec les édifices publics.

Les lecteurs de la *Revue* se souviennent que nous avons divisé les édifices publics en trois grandes classes : les édifices publics *nationaux*, les édifices publics *départementaux*, les édifices publics *communaux*.

La loi du 1er juin 1864, ne concernant que les immeubles du domaine de l'Etat, ne peut avoir d'application possible qu'en ce qui concerne les édifices publics de la première classe.

On se souvient, en outre, que de la théorie par nous présentée sur le classement des édifices publics il résulte que les édifices publics *nationaux* se subdivisent eux-mêmes en trois catégories, comme le domaine national dont ils font partie.

1° Les uns sont placés par des textes formels parmi les dépendances du *domaine de la couronne*, et sont, à ce titre, inaliénables ;

2° D'autres, commes les citadelles et les cathédrales, sont placés par d'autres textes hors du commerce et dans le *domaine public national*, ou bien en font partie, comme les gares de chemin de fer, à titre d'accessoires indispensables de quelqu'une des dépendances de ce domaine et faisant corps avec elles ; ces édifices sont également inaliénables ;

3° Les autres enfin font partie, d'après nous, du *domaine de*

[1] Voici le texte de cette loi, dont l'article 1er doit seul nous occuper.

Loi qui 1° règle le mode d'aliénation des immeubles domaniaux ; 2° ouvre au ministre de la guerre, sur l'exercice 1864, un crédit de 2 millions de francs pour acquisition de terrains et travaux militaires.

ART. 1er. Continueront à être vendus aux enchères publiques, dans les formes déterminées par les lois des 15 et 16 floréal an X, 5 ventôse an XII et 18 mai 1850, les immeubles domaniaux autres que ceux dont l'aliénation est régie par des lois spéciales. Toutefois l'immeuble qui, en totalité, est d'une valeur estimative supérieure à un million, ne pourra être aliéné, même partiellement ou par lots, qu'en vertu d'une loi.

ART. 2. Il est ouvert au ministre secrétaire d'Etat de la guerre, sur l'exercice 1864, un crédit de deux millions de francs (2,000,000 fr.) pour acquisitions de terrains et travaux neufs dans les établissements militaires.

ART. 3. Il sera pourvu à cette dépense au moyen des ressources que procurera l'aliénation des terrains et bâtiments militaires détaillés dans l'état ci-annexé.

l'Etat. On sait déjà que si ce ne sont pas les plus importants, ce sont les plus nombreux des édifices publics nationaux.

Ils sont, d'après nous, aliénables, en raison même de leur classement dans le domaine privé de l'Etat.

Aussi est-ce uniquement au sujet des édifices publics nationaux de cette dernière catégorie que peut et doit être examinée la question de savoir si la loi du 1er juin 1864 est applicable aux bâtiments domaniaux affectés à un service public.

Il y a trois solutions possibles de cette question.

La première consiste à écarter la question elle-même par une fin de non-recevoir, en classant ces édifices dans le domaine public, inaliénable et imprescriptible, comme les édifices pour lesquels il existe un texte spécial qui opère ce classement.

C'est la solution que donnent nécessairement les auteurs dont nous avons combattu la doctrine dans notre traité sur les édifices publics.

Les deux autres solutions supposent, au contraire, l'admission de notre système de classement de ces édifices dans le domaine de l'Etat, aliénable et prescriptible.

L'une consiste à dire que la loi du 1er juin 1864 leur est applicable, en ce sens qu'ils peuvent être vendus, ou sans loi spéciale d'autorisation, si leur valeur ne dépasse pas un million, ou bien en vertu d'une loi spéciale, si leur valeur est supérieure à un million.

La troisième et dernière solution consiste à dire que, par dérogation au droit commun formulé dans la loi nouvelle, ces édifices ne peuvent être aliénés, quelle que soit leur valeur, qu'en vertu d'une loi spéciale d'autorisation.

De ces trois solutions, quelle est celle que comporte la loi du 1er juin 1864, considérée dans ses rapports avec les édifices publics nationaux ou domaniaux ?

Nous allons diviser l'examen de ce point de droit en trois paragraphes.

Dans le premier nous écarterons la première solution.

Dans le second nous examinerons les deux autres et ferons notre option pour la dernière.

Dans le troisième paragraphe nous écarterons certaines objections.

§ 1er. — *Rejet de la première solution.*

Cette première solution consiste à dire qu'une loi relative au mode d'aliénation des biens du domaine de l'Etat ne saurait avoir aucune espèce de rapport avec les édifices publics nationaux dont nous nous occupons, parce qu'ils feraient partie du domaine public et seraient inaliénables ; cette solution, nous l'avons combattue et réfutée par avance.

Le long travail publié par nous dans la *Revue historique* a eu pour principal objet de repousser le classement de ces édifices dans le domaine public, contrairement à la doctrine de plusieurs auteurs, et d'y substituer le classement de ces édifices dans le domaine privé, soutenu par des autorités qui ne sont ni moins nombreuses ni moins considérables.

Rappeler ici, même par voie de résumé ou d'énumération, les raisons de décider que nous avons déduites de la loi civile, de la loi criminelle, des lois administratives les plus diverses, de l'histoire et du raisonnement, serait une superfétation.

Nous devons nous borner à un renvoi pur et simple aux nombreux articles que nous avons eu l'honneur de donner à la *Revue*.

Nous devons cependant nous demander si la loi du 1er juin 1864 est venue apporter, sur ce point, une solution nouvelle ou un nouvel élément de solution dans un sens ou dans l'autre.

De solution, il est incontestable que la loi du 1er juin 1864 n'en donne aucune à la controverse élevée sur le classement domanial des édifices publics nationaux.

Pour s'en convaincre, il suffit de lire le texte même de la loi ci-dessus reproduit.

Il est non moins certain que le législateur de 1864 n'a pas eu la pensée de régler ce point de droit.

On peut donc affirmer en toute sécurité de conscience qu'il reste, depuis la loi du 1er juin 1864, ce qu'il était avant, quelles que soient les opinions produites dans la discussion et la préparation de cette loi.

Mais à défaut de la loi même, le rapport de la commission législative s'est prononcé sur cette question de classement, et nous devons examiner la valeur de cet élément nouveau de solution.

Ce savant rapport[1] entre dans des développements théoriques sur la division du domaine national en trois parties : domaine de la couronne, domaine public et domaine de l'Etat ; et il range parmi les dépendances du domaine public les édifices publics, et spécialement les *hôtels affectés aux divers ministères*, qu'il classe à côté des fleuves, des routes impériales et des fortifications.

L'opinion exprimée est très-formelle ; et le rapporteur, après cette énumération, ajoute même : « Aucun doute ne peut s'élever en ce qui concerne ces biens ; ils sont inaliénables et prescriptibles. (Art. 538 et 1598 du Code Napoléon.) »

Mais à l'appui de cette affirmation si complète et trop absolue, le rapport n'indique aucun motif, aucune raison de décider, que nous nous serions empressé d'examiner, soit pour entreprendre leur réfutation, soit pour nous incliner devant la justesse de leurs déductions.

Il nous sera permis, en outre, de faire observer que le caractère de cette affirmation : « *Aucun doute ne peut s'élever*, » donnerait à penser que le rapport serait peu au courant de la question. Car nous n'avons été ni le seul, ni le premier, à prétendre que la nature légale de ces édifices était autre que l'affirme le rapport. Pour ne parler que des auteurs qui, comme le rapport lui-même, ont désigné les hôtels des ministères, les lecteurs de la *Revue historique* se souviennent que nous avons cité MM. Macarel, Boulatignier, Dalloz, Maurice Block, Batbie, Dufour et Laferrière, qui tous ont formellement classé, avant nous, ces hôtels dans le domaine de l'Etat aliénable et prescriptible.

Comment donc l'honorable et savant rapporteur de la commission législative de 1864 a-t-il pu dire qu'*aucun doute ne peut s'élever* sur cette domanialité publique des édifices publics, et notamment des hôtels des ministères, niée par de si nombreuses et de si imposantes autorités ?

Ce passage du rapport n'emprunte, du reste, aucune force

[1] Rapport supplémentaire de la Commission, présenté par M. de Voize, inséré au *Moniteur universel*, supplément du 29 mai 1864, annexe C, Corps législatif, p. X, première et deuxième colonnes.

Voir aussi nos 103 et 300 de notre traité *Des ventes domaniales avant et depuis la loi du 1er juin 1864*.

au vote de la loi par le Corps législatif; cette assemblée n'a pas eu à se prononcer sur ce point; elle ne l'a pas examiné, et son vote ne s'y réfère ni directement, ni indirectement.

Peut-être même pourrait-on considérer ce passage du rapport comme exprimant plutôt l'opinion personnelle du rapporteur que l'opinion de la majorité de la commission. Il ne forme, en effet, dans le rapport qu'un développement secondaire, d'un caractère scientifique et doctrinal, sur lequel n'a certes pas porté le vote de la commission, et que l'on peut même considérer comme n'ayant pas été l'objet d'un examen particulier de la part de cette commission, principalement préoccupée du sujet même de la loi.

Cette thèse du rapport, ainsi réduite à sa véritable valeur, celle de l'opinion personnelle du rapporteur, constitue sans doute une autorité fort respectable à ajouter à celles que nous avons déjà signalées dans le sens du classement des édifices publics dans le domaine public.

Mais de même que nous avons été amenés à trouver ce même rapport en contradiction avec les mots *continueront à être vendus* [1] de la loi nouvelle, quoique, selon toute vraisemblance, le rapporteur ait exprimé dans cette partie de son œuvre la pensée de la majorité de la commission; — de même que nous avons vu dans ce rapport une énumération incomplète des immeubles domaniaux auxquels s'applique cette loi [2]; — de même que nous avons dû réfuter une théorie erronée des droits de l'Etat sur les successions en déshérence [3] exprimée dans le même rapport; — de même enfin que nous montrions tout à l'heure que le rapport se trompait en considérant l'inaliénabilité des édifices publics et leur classement dans le domaine public comme ne pouvant faire l'objet d'*aucun doute*, tandis que des auteurs nombreux et considérables ont affirmé le contraire; — de même, en présence de l'affirmation sans justification et sans preuve par laquelle ce rapport classe ces édifices dans le domaine public, nous sommes autorisé à maintenir sans restriction la démonstration que nous avons déduite de nos lois civiles

[1] Voir nos 144 à 154 de notre traité *Des ventes domaniales, avant et d'après la loi du 1er juin 1864*.

[2] *Id.*, n° 102.

[3] *Id.*, nos 285 à 295.

et administratives, de l'histoire et du raisonnement, au profit du classement de ces mêmes édifices dans le domaine de l'Etat aliénable et prescriptible.

Toutefois nous devons reconnaître que cette proposition ne s'est pas seulement produite dans le rapport de la commission, mais encore qu'elle s'est retrouvée, quoiqu'en termes moins positifs, sur les lèvres de plusieurs orateurs. En parlant des bâtiments domaniaux destinés à être vendus lorsqu'ils cessent d'être affectés à des services publics, ces orateurs ont dit *qu'ils sortaient du domaine public.*

En premier lieu, il faut observer que ce n'est pas à l'occasion de la loi nouvelle votée le 14 mai 1864 que ces discours ont été prononcés, puisque ce vote a eu lieu sans aucune discussion. C'est à la séance publique du 27 avril, qui a provoqué la modification du projet de loi primitif.

En second lieu, il nous paraît impossible de tirer aucune conséquence de ces locutions échappées à l'improvisation, sur un sujet accessoire ne formant pas l'objet du débat. Il nous paraît même dangereux de prétendre y trouver l'opinion de l'orateur sur un point de droit important, auquel sa pensée ne s'est pas arrêtée d'une manière particulière.

En troisième lieu, il nous sera permis de faire observer que la portée des paroles relatives aux édifices publics prononcées au Corps législatif dans ces débats de la séance du 27 avril 1864, s'amoindrit singulièrement lorsque l'on considère qu'elles l'ont été à propos de l'article 4 de la loi du 18 mai 1850, qui exigeait une loi pour l'affectation des immeubles domaniaux à un service public.

Or, cette discussion a été dominée par la croyance à l'existence actuelle, dans le dernier état de notre législation, de cet article 4 de la loi du 18 mai 1850.

Si cette circonstance est vraie, il est bien certain que tous les raisonnements déduits, en ce qui concerne le classement domanial des édifices affectés à un service public, de ce qu'il faudrait une loi pour opérer cette affectation, perdent par là même toute leur force.

Nous avons, en effet, établi l'abrogation incontestable de l'article 4 de la loi du 18 mai 1850 par le décret législatif du 24 mars 1852, qui, revenant aux règles antérieurement suivies,

n'exige, pour opérer cette affectation, qu'un décret impérial rendu suivant certaines formes déterminées. Nous avons indiqué les justes motifs de cette abrogation ; et nous avons fait remarquer que ces mots du décret : « *Considérant que l'affectation d'un immeuble à un service public n'altère en rien son caractère domanial*, » sont absolument exclusifs de la domanialité publique que l'on voudrait faire dériver de cette affectation.

Sur ces divers points notre démonstration est déjà faite, et nous n'avons qu'à renvoyer à ce qui a été déjà dit.

Mais il nous reste une autre démonstration à faire.

Nous venons d'écarter les idées émises au sein du Corps législatif sur les effets de l'affectation d'un immeuble domanial à un service public, par ce motif qu'elles se sont produites sous l'empire d'une erreur; nous venons de dire que cette erreur consistait à croire que l'article 4 de la loi du 18 mai 1850 existait encore, et à oublier la disposition si énergique du décret législatif du 24 mars 1852, qui suffirait à elle seule pour trancher la question de classement. Il n'a pu nous être permis d'aborder un tel ordre d'idées et d'alléguer cette erreur qu'à la condition de prouver notre dire. Ces preuves se trouvent dans les colonnes du *Moniteur*, et il nous suffit d'en produire des extraits.

Le premier rapport de la commission du Corps législatif, présenté comme le second par M. de Voize, et inséré au *Moniteur* du 12 mai 1864, après avoir cité le rapport de M. Gouin en 1850 et le texte de l'article 4 de la loi du 18 mai 1850, s'écrie :

« On pourrait admettre qu'une simple décision administrative « suffira pour une aliénation perpétuelle, tandis qu'une loi se- « rait obligatoire pour une simple affectation temporaire ? — La « majorité de votre commission n'a pu le penser.., »

A la séance publique du Corps législatif du 27 avril, M. le rapporteur de Voize, dont les travaux et l'habile discussion occupent une grande place dans ces débats, a reproduit la même idée dans le discours qui a ouvert la discussion.

Voici ce passage :

« Eh bien ! messieurs, s'il faut une loi pour une simple affec- « tation, parce qu'elle peut devenir une aliénation temporaire, « ne doit-on pas, par un simple raisonnement *à fortiori*, en « conclure que la loi est nécessaire quand il s'agit non pas d'une

« aliénation temporaire, mais d'une aliénation à titre indéfini et « incommutable ? Telle a été l'opinion de la commission. »

A la fin même de la discussion, au moment où déjà l'Assemblée demandait à aller aux voix, quelques instants avant le vote, un illustre orateur, président et l'un des rapporteurs du budget de 1850, l'un des principaux auteurs de cet article 4, adresse une interpellation au commissaire du gouvernement qui vient d'achever son discours. Cette interpellation directe, et aussi précise que possible, a pour unique objet de renouveler l'argument d'actualité tiré, par le rapporteur de la commission, de l'article 4 de la loi du 18 mai 1850 ; de justes dénégations se font entendre, et l'orateur insiste en affirmant que cette disposition n'est pas abrogée.

Nous avons accepté l'obligation de rapporter une preuve complète ; le *Moniteur* continue de nous la donner.

Voici comment cet incident y est rapporté :

« M. Berryer. Un seul mot. Remarquez bien, monsieur le « ministre d'État, que l'affectation à un service public exige une « loi. Je vous demande si, dans les interprétations que vous « venez de nous donner de votre système, qui pose une déli- « mitation d'après l'importance des propriétés et ne réserve « presque que les forêts pour que le principe dominant leur « soit appliqué, cet immeuble que vous ne pouvez pas sans une « loi affecter à un service public, vous auriez donc la faculté « de l'aliéner sans une loi.

« S. Exc. M. le ministre d'État. La loi de 1850 est « abrogée.

« M. Berryer. Dans votre système.

« S. Exc. M. le président du conseil d'État. Évidemment « la loi de 1850 est abrogée.

« M. Berryer. Elle n'est pas abrogée du tout. »

Ainsi cette idée de l'existence de l'article 4 de la loi de 1850 dans notre droit actuel n'a pas été dans cette discussion une assertion échappée à l'entraînement de l'improvisation, elle n'a pas été une croyance isolée ; nous voyons le rapporteur, qui, dans son rapport même, écrit et déposé au nom de la commission, argumente de cette loi comme existant encore ; nous voyons la discussion publique du 27 avril commencer par un discours du même rapporteur où cette argumentation se trouve

reproduite, et se terminer par l'affirmation dans le même sens d'un illustre orateur qui a prêté aux conclusions du rapport l'appui de sa parole et de son autorité.

Tout ce qui a été dit à la Chambre sur les immeubles affectés à un service public, sous le coup de cet oubli du décret du 24 avril 1852, ne peut donc exercer aucune influence sur la détermination de la nature légale et du classement de ces édifices dans notre droit actuel.

Nous l'avons dit ailleurs, des travaux préparatoires de la loi du 1er juin 1864, et des débats législatifs qui l'ont précédée, il n'est qu'une chose vraiment utile à constater et à conserver, en ce qui concerne les édifices publics. C'est le tableau [1], publié par le gouvernement, qui donne l'état, au 1er janvier 1864, des biens du domaine de l'État affectés à un service public. Ce tableau sommaire n'avait pas été publié depuis le volumineux état de 1836, que nous avons analysé dans la *Revue*. On voit dans la publication de 1864 que, dans cet espace de vingt-neuf ans, du 1er juillet 1835 au 1er janvier 1864, la progression de cet élément de la fortune publique a été, en capital, d'environ 163 millions, et, en nombre, de 1569 immeubles.

§ 2. — *Examen de la seconde et de la troisième solution, et option en faveur de cette dernière.*

Le classement des édifices publics nationaux dans le domaine de l'État étant maintenu, ces édifices demeurant aliénables après comme avant la loi du 1er juin 1864, nous devons examiner quelle est celle des deux dernières solutions ci-dessus indiquées qui doit être préférée.

Nous ne considérons, bien entendu ces édifices que pendant la durée de leur affectation à un service public ; lorsque cette affectation a cessé, il n'y a plus de question ; ce ne sont plus alors des édifices publics, et tout le monde a reconnu que ce sont surtout les immeubles précédemment affectés à un service public et délaissés, qu'il y a lieu de vendre en suivant les prescriptions de la loi nouvelle du 1er juin 1864.

Mais, tant que dure l'affectation, ces édifices publics, aliéna-

[1] Reproduit n° 306 de notre *Traité sur la loi du 1er juin 1864*.

bles et prescriptibles, nonobstant cette affectation qui ne change pas leur nature légale et leur caractère domanial, sont-ils soumis pour leur aliénation à la loi du 1er juin 1864? Une loi ne serait-elle nécessaire pour les vendre qu'autant que leur valeur estimative dépasserait un million? Ou bien, au contraire, ne pourraient-ils, quelle que soit leur valeur, être mis en vente qu'en vertu d'une loi?

Cette dernière solution nous paraît devoir être préférée.

Nous croyons que, tant que les édifices domaniaux dont nous nous occupons sont affectés à un service public, ils ne peuvent être mis en vente, comme les forêts domaniales, qu'en vertu d'une loi, quelle que soit leur valeur estimative.

C'est dire que nous classons ces édifices parmi les *immeubles domaniaux dont l'aliénation est régie par des lois spéciales*, auxquelles la loi du 1er juin 1864 n'entend pas déroger.

Cette solution nous semble commandée par les six considérations suivantes :

1° Presque toutes les lois rendues par les assemblées de la Révolution à l'effet d'ordonner des ventes de domaines et de déléguer au gouvernement le droit d'y procéder, ont eu soin d'exclure de cette délégation, *à titre de biens réservés*, les bâtiments affectés aux services publics.

C'est ainsi, pour ne parler que des lois rendues postérieurement à la Convention, que s'expriment la loi du 16 brumaire de l'an V et celle du 26 vendémiaire de l'an VII.

L'article 8 de la première porte que « tous les domaines nationaux, *à l'exception de ceux réservés pour les services publics*, des forêts nationales et bois réservés, seront mis en vente conformément à ce qui est prescrit... »

L'article 2 de la seconde de ces lois porte « qu'il sera vendu une quantité suffisante de domaines nationaux, *autres que les bâtiments affectés à un service public* et les bois non aliénables... »

2° La loi de délégation qui a suivi celles que nous venons de citer, la loi du 30 ventôse de l'an IX, art. 11, en affectant un capital de 180 millions en biens nationaux aux dépenses de l'instruction publique et à celles des militaires invalides, dit positivement que ces biens « *ne pourront être aliénés sans une loi.* »

Les réserves contenues dans les lois précédentes relativement

à la généralité des bâtiments affectés au service public avaient le même sens et la même portée. C'était le refus de déléguer au gouvernement le droit de vendre sans autorisation législative spéciale cette sorte d'immeubles domaniaux ; c'était, en ce qui les concerne, le maintien du principe général écrit dans l'article 8 de la loi des 22 novembre-1er décembre 1790, d'après lequel les bois du domaine de l'État ne pouvaient être vendus qu'en vertu d'une loi.

3° Toutes les lois de délégation qui se sont succédé, conférant au gouvernement le droit d'opérer des ventes domaniales sans autorisation législative spéciale, ont toutes été entendues et appliquées comme excluant de la délégation et réservant les bâtiments affectés au service public.

4° Il en est notamment ainsi des lois des 15 et 16 floréal de l'an X, dans lesquelles nous avons vu, avec la pratique législative, gouvernementale et administrative de soixante années et la majorité des auteurs, une délégation générale et permanente consentie par le pouvoir législatif au pouvoir exécutif, du droit de vendre les biens ruraux et urbains du domaine de l'État, moins ceux réservés.

D'une part, l'article 1er de la loi du 15 floréal an X ne prescrit la mise en vente que des biens *non réservés par la loi du 30 ventôse an IX*.

D'autre part, la circulaire du 22 messidor an XI, par laquelle M. le comte Duchâtel, directeur général des domaines, exprimait les plaintes du gouvernement à l'occasion de la lenteur apportée dans l'exécution des lois des 15 et 16 floréal an X, et levait les doutes des directeurs des domaines dans les départements sur les biens non réservés, classe formellement parmi ces biens *ceux affectés à un service public*.

On y lit ce qui suit : « ..... J'aime mieux croire que l'inacti-« vité des ventes résulte uniquement de l'incertitude relative « aux réserves ordonnées par plusieurs lois et arrêtés. Pour le-« ver tous les doutes à cet égard, je vous observe que tous les « biens actuellement sous la main de la nation sont suscepti-« bles d'être vendus, aux seules exceptions ci-après :

« *a*. Les biens désignés par les préfets dans les états qu'ils « ont envoyés au ministre des finances, en exécution de l'arti-« cle 11 de la loi du 30 ventôse an IX ;

« *b*. Ceux affectés à un service public ;. . . . . »

5° Puisque les édifices publics domaniaux n'étaient pas compris dans la délégation des lois de l'an X, elle ne peut l'être dans la délégation consacrée par la loi du 1er juin 1864. Nous savons en effet qu'elle est moins générale, plus restreinte que celle de l'an X. Elle ne peut donc permettre à l'administration des domaines de procéder directement à la mise en vente d'une catégorie d'immeubles, pour lesquels la nécessité de l'intervention législative était réservée par les lois de l'an X.

C'est ainsi que cette solution résulte de l'esprit de la loi nouvelle.

Si le rapport de M. de Voize n'a pas fait figurer ces édifices parmi les immeubles domaniaux dont l'aliénation est régie par des lois spéciales, nous savons que cela tient à l'erreur (suivant nous) par lui commise en les considérant comme inaliénables et imprescriptibles à titre de dépendances du domaine public. Mais n'est-il pas évident, par argument *à fortiori*, que le rapporteur et la commission, placés en présence d'une théorie légale qui se serait imposée à leurs convictions, et d'après laquelle les édifices publics domaniaux seraient aliénables et prescriptibles, n'auraient pas hésité à proclamer pour ces édifices, comme pour les forêts domaniales, la nécessité d'une loi afin de les mettre en vente ? N'est-il pas évident qu'ils n'eussent point exigé que leur valeur estimative fût supérieure à un million, pour maintenir, en ce qui les concerne, le principe de l'article 8 de la loi domaniale de 1790?

6° Enfin, le mode de gestion propre à ces édifices fournit une considération de plus en faveur de cette solution.

La régie des biens du domaine de l'Etat est placée dans les attributions du ministre des finances et confiée à la direction générale de l'enregistrement et des domaines. C'est cette administration qui afferme les biens, qui en perçoit les revenus jusqu'au jour où elle en opère la vente. La conservation en nature de ces biens et leur mise en vente appartiennent donc également à l'administration des domaines sous l'autorité du ministre des finances.

Pour les bâtiments domaniaux affectés à un service public et qui forment les édifices publics dont nous déterminons ici le régime d'aliénation, il y a exception à cette règle.

L'affectation à un service public a pour conséquence immédiate de faire passer ces immeubles des mains du ministre des finances dans celles du ministre au département duquel appartient le service public auquel il s'agit de pourvoir. C'est un des motifs pour lesquels l'ordonnance royale du 14 juin 1833 exige que les décrets d'affectation soient concertés entre ces deux ministres, que ces décrets visent l'avis du ministre des finances, et soient contre-signés par le ministre au département duquel l'immeuble devra être affecté. Enfin c'est pour cela que le grand travail de statistique comprenant l'état des propriétés domaniales affectées à des services publics, publié en 1836, a classé ces propriétés sous le nom et au rang de chacun des ministères entre lesquels est divisée l'administration générale du pays; c'est pour le même motif qu'un ordre identique a été suivi dans l'état sommaire publié en 1864.

C'est qu'en effet la conservation, l'entretien, la gestion de ces édifices appartiennent à chacun de ces ministres; l'immeuble échappe à l'autorité du ministre des finances et à l'action de l'administration des domaines.

Cependant, s'il fallait procéder à l'aliénation de ces édifices, leur remise au ministre des finances et à l'administration des domaines deviendrait nécessaire, car eux seuls ont qualité pour aliéner les biens du domaine. Or, cette transmission, d'un ministère à l'autre, d'un immeuble qu'il faut supposer encore affecté à un service public, dont la remise n'a pas lieu de plein droit à l'administration des domaines parce que l'affectation n'a pas cessé, mais que l'aliénation seule rendrait indispensable (si par impossible elle était ordonnée dans de pareilles conditions), cette circonstance exceptionnelle constituerait un motif de plus d'exiger l'intervention législative.

Du reste il est évident que, chaque fois que le gouvernement jugera utile d'aliéner un bâtiment domanial affecté à un service public, il commencera par faire cesser cette affectation.

C'est ce qui a lieu en fait.

Cette pratique est même nécessaire, puisque les préparatifs de la mise en vente et surtout la vente elle-même sont incompatibles avec le maintien de l'affectation à un service public.

Aussi nous n'hésitons pas à reconnaître que, si la question présente toujours un incontestable intérêt de doctrine (parce

qu'il convient de déterminer les règles suivant lesquelles un immeuble aliénable peut être aliéné), il n'en est pas moins vrai que, sous ce rapport, elle présente peu d'intérêt pratique.

Puisqu'une loi ne serait nécessaire pour vendre un édifice d'une valeur estimative d'un million ou au-dessous, qu'autant qu'il est actuellement affecté à un service public, et que cette vente doit avoir pour conséquence immédiate de mettre fin à cette affectation, il est bien plus simple, plus naturel et plus logique, que le gouvernement, investi du pouvoir de faire cesser et de créer l'affectation, commence par y mettre fin. L'immeuble rentre alors dans le droit commun, c'est-à-dire qu'il est remis entre les mains de l'administration des domaines et qu'il tombe sous l'application de la loi du 1er juin 1864; une loi ne serait nécessaire pour sa mise en vente qu'autant que sa valeur estimative dépasserait un million. C'est ainsi, en fait, que les choses se passent, se sont toujours passées et vraisemblablement se passeront toujours.

Si cependant un gouvernement avait la fantaisie de vendre un édifice public domanial, avant d'avoir mis fin à l'affectation au service public dont ce bâtiment est l'objet, il devrait obtenir une loi d'autorisation, alors même que la valeur estimative de cet immeuble serait inférieure à un million.

Tel est le point de droit que nous devions établir.

Tels sont les rapports de la loi du 1er juin 1864 avec les édifices domaniaux affectés à un service public.

Nous devons toutefois, avant de terminer, procéder, ainsi que nous l'avons annoncé, à la réfutation de certaines objections.

§ 3. — *Réfutation de diverses objections.*

La situation des édifices publics domaniaux au point de vue de l'aliénation directe, telle que nous venons de la déterminer, présente une grande analogie avec celle des forêts nationales. Les uns et les autres font partie du domaine de l'Etat; les uns et les autres sont confiés à d'autres mains que celles de l'administration des domaines; les uns et les autres échappent, en tant que domaines nationaux régis par des lois spéciales, à l'application de la loi du 1er juin 1864; enfin les uns et les autres ne peuvent être aliénés, quelle que soit leur valeur estimative, qu'en vertu d'une loi.

Il y a donc lieu de supposer que des objections qui, sous des formes diverses, ont été faites, même devant les tribunaux, en ce qui concerne les forêts de l'État, puissent être reproduites à l'occasion des édifices publics domaniaux.

La première de ces objections consisterait à dire que l'inaliénabilité et la nécessité d'une loi pour aliéner sont une seule et même chose; que dès lors admettre qu'un édifice public national ne peut être vendu qu'en vertu d'une loi, c'est revenir en fait à la doctrine émise dans le rapport de M. de Voize, qui proclame ces édifices publics inaliénables en tant que dépendances du domaine public.

Le seconde objection, qui se place dans le même ordre d'idées, consisterait à dire que reconnaître, sous l'empire de la loi du 1er juin 1864, la nécessité d'une loi pour l'aliénation des édifices publics domaniaux, c'est réduire la question de leur classement dans le domaine public ou dans le domaine privé de l'État aux proportions d'une thèse purement théorique et spéculative, dénuée de tout intérêt pratique.

Nous allons examiner chacune de ces deux objections.

1° Pour écarter la première objection, il suffit de déterminer le véritable caractère de l'intervention législative en matière d'aliénation domaniale.

Loin d'être une preuve d'inaliénabilité, la nécessité d'une loi pour aliéner est la preuve qu'un immeuble domanial est aliénable. C'est ce qui a lieu pour les forêts de l'État, qui ne peuvent être aliénées qu'en vertu d'une loi aux termes de la loi du 25 mars 1817 (art. 144), et cependant nul ne les place aujourd'hui dans le domaine public.

La loi d'autorisation n'est que la condition de l'aliénation; c'est l'une des formes par lesquels l'État propriétaire et vendeur manifeste sa volonté, ainsi que l'ont reconnu pour les forêts domaniales les arrêts de la Cour de cassation du 27 juin 1854 et du 9 avril 1856 et l'arrêt de la Cour de Metz du 13 février 1855.

Cela est vrai, au même titre, des édifices publics domaniaux.

La loi même du 1er juin 1864 fournit la preuve la plus saisissante de cette vérité, que la nécessité d'une loi pour aliéner un bien domanial n'est autre chose qu'une condition de son aliénation, une des formes consacrées pour manifester la vo-

lonté du propriétaire, qui se trouve être la nation ou l'Etat, ces deux mots étant ici complétement synonymes.

En effet, les immeubles d'une valeur estimative supérieure à un million, qui ne peuvent être vendus qu'en vertu d'une loi, ne sont pas moins aliénables, ne sont pas moins dans le domaine de l'Etat et dans le commerce, que les immeubles d'une valeur moindre, dont la vente est permise administrativement, c'est-à-dire sans loi spéciale d'autorisation, par le législateur de 1864.

Si l'on soumet les deux faces de cette hypothèse à une analyse exacte, voici les constatations juridiques qui en résultent.

La nation propriétaire et venderesse ne donne pas son consentement à la vente suivant les mêmes formes dans les deux cas ; dans l'un, la nation ne pourra consentir à la vente que par l'organe de la législature ; dans l'autre, la nation sera valablement représentée par le gouvernement.

Cette différence est importante sans doute, mais elle ne dérive nullement de la nature légale des biens à vendre. Cette nature est évidemment indépendante de la valeur de ces biens, valeur qui, pour les biens domaniaux dont l'aliénation n'est pas régie par des lois spéciales, est prise uniquement en considération pour déterminer le mode et la condition de la vente.

La nécessité d'une loi pour l'aliénation des édifices publics tient si peu à leur nature légale, que ce n'est qu'après les avoir au préalable classés dans le domaine privé de l'Etat, après avoir déterminé d'abord leur nature de biens domaniaux aliénables, que nous avons eu à nous demander quelle était la condition de leur aliénation, une loi ou une décision du ministre des finances ; que nous nous sommes demandé si cette aliénation était régie par la loi nouvelle du 1er juin 1864, ou si elle se trouvait soumise à une règle différente écrite dans des textes spéciaux ?

Sous ce rapport, l'intitulé même de la loi du 1er juin 1864 est d'une parfaite exactitude, lorsqu'il porte : « *loi qui règle* LE MODE *d'aliénation.* » La loi spéciale ou l'arrêté du ministre des finances, selon les cas, ne sont jamais que *le mode de l'aliénation.*

Un autre ordre de preuves se tire de la théorie générale des édifices publics.

Nous tenons pour certain, et nous avons démontré dans la *Revue historique*, que les trois grandes classes d'édifices publics,

nationaux, départementaux et communaux, ont tous la même nature légale. Tous, sauf ceux qu'un texte spécial a mis hors du commerce, font partie du domaine privé de l'État, du département et de la commune ; tous sont aliénables.

Ce n'est cependant que relativement à ceux de la première classe, tels que les hôtels des ministères, que nous avons pu être appelé à reconnaître la nécessité d'une loi pour autoriser leur aliénation.

Pour l'aliénation d'un édifice public départemental, tel qu'un hôtel de préfecture, et d'un édifice public communal, tel qu'un hôtel de ville, une loi n'a jamais été nécessaire, pas plus sous l'empire des lois du 10 mai 1838 et du 18 juillet 1837, que sous l'empire du décret de décentralisation du 25 mars 1852.

Ainsi ces trois classes d'édifices ont la même nature légale, et ce n'est cependant que pour les hôtels des ministères et les autres édifices de la même classe, qu'il a été possible de se demander si une loi était nécessaire pour les aliéner et de résoudre la question par l'affirmative. N'est-ce pas là une nouvelle preuve de cette vérité, que le vote du Corps législatif, loin d'être une conséquence de l'inaliénabilité d'une chose, n'est qu'un mode de manifestation du consentement du propriétaire à l'aliénation, puisque c'est au même titre que le vote du conseil général serait nécessaire à l'aliénation d'un hôtel de préfecture, et celui du conseil municipal à l'aliénation d'un hôtel de ville ?

Enfin, l'inaliénabilité et la nécessité d'une loi pour aliéner sont chose tellement différentes, qu'une loi même est impuissante à aliéner le domaine public, aussi bien par vente que par voie de concession et d'échange.

Il en est ainsi parce que le domaine public est inaliénable, et que l'inaliénabilité s'impose au législateur lui-même.

Dans notre ancienne monarchie, c'était aux rois de France, investis à la fois de tous les pouvoirs, législatif et exécutif, en vertu du principe des royautés absolues, que s'imposait la règle de l'inaliénabilité du domaine de la couronne.

On doit appliquer aux législatures de nos jours, à propos de l'inaliénabilité de notre domaine public, ce que Dargentré disait autrefois des principes de l'ordonnance de 1566 : « *Sacrosancta lex quæ reges ipsos astringit !* » Une loi même n'a pas le droit de disposer d'une portion quelconque du rivage des trois

mers qui baignent les côtes de France, d'un fleuve, ou d'une route impériale, tant qu'elle n'a pas été délaissée ou déclassée.

Donc, l'objection a le tort de confondre et d'assimiler deux règles et deux institutions absolument contraires.

2° Nous passons à la seconde objection et elle nous arrêtera moins longtemps, parce qu'il nous sera permis de renvoyer à des développements déjà publiés dans cette *Revue*.

Lors même que la nécessité d'une loi pour les aliéner, eût assimilé les édifices publics domaniaux aux dépendances du domaine public (ce qui n'est pas, ainsi que nous venons de le voir), il est manifeste que la question de classement de ces édifices n'en présenterait pas moins un immense intérêt pratique.

Il ne faut pas seulement considérer les choses domaniales au point de vue restreint de leur aliénation directe; il faut en outre les envisager au point de vue de la possibilité d'une possession utile et de ses nombreux effets. C'est là qu'apparaît avec une incontestable réalité, attestée, nous l'avons vu, par des décisions administratives et judiciaires, l'intérêt pratique de ce classement.

Cet intérêt est celui de savoir, si ces édifices publics sont prescriptibles?

S'ils peuvent être l'objet d'actions possessoires?

S'ils peuvent être grevés de servitudes?

S'ils sont soumis à l'application des règles du Code Napoléon sur la mitoyenneté?

En classant ces édifices dans le domaine public, le rapporteur de la commission législative de 1864, M. de Voize, a résolu d'un trait de plume toutes ces questions par l'affirmative.

En les classant dans le domaine privé de l'Etat, comme les forêts, qui, elles aussi, ne peuvent jamais être directement aliénées qu'en vertu d'une loi, comme tous les biens domaniaux auxquels s'applique la loi du 1er juin 1864, nous avons donné à ces mêmes questions une solution négative. Pour chacune d'elles nous devons désormais nous borner à renvoyer purement et simplement aux développements qu'elles ont déjà reçus dans la *Revue*.

Peut-être même, tant ces deux points présentent peu de diffi-

culté réelle et sérieuse, aurions-nous dû les négliger en nous bornant à dire :

Sur la première objection, que la nécessité d'une loi pour aliéner une chose prouve que cette chose est aliénable!

Sur la seconde objection, que toute chose aliénable est prescriptible ; *alienabile, ergo præscriptibile!*

Si nous avons cru devoir insister, c'est que les vérités les plus élémentaires sont celles qu'il est le plus utile d'approfondir, et sur lesquelles il peut y avoir, au point de vue des principes, plus de préjudice à passer légèrement.

TH. DUCROCQ,
Professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Poitiers.

RECHERCHES

SUR

L'ORIGINE DU NOTARIAT EN CHAMPAGNE.

Au commencement du treizième siècle comme au douzième, les comtes de Champagne exerçaient la juridiction gracieuse directement et par eux-mêmes. Puis leurs sujets prirent peu à peu l'habitude de ne plus s'adresser si haut quand ils voulaient que leurs transactions fussent constatées dans la forme authentique, et lorsqu'ils ne les faisaient pas sceller du sceau de l'official épiscopal, d'un doyen rural ou d'un autre officier ecclésiastique de second ordre, ils se contentaient d'une charte émanée d'un bailli, d'un prévôt ou d'un maire : le nombre des affaires s'était trop multiplié pour que la chancellerie des comtes pût continuer à prêter d'une manière habituelle son ministère à des particuliers qui n'avaient à traiter que d'intérêts privés. Bientôt les baillis eux-mêmes ne purent suffire aux occupations accumulées autour d'eux par la juridiction contentieuse et la juridiction gracieuse ; ils se cantonnèrent dans la première, et, avec l'assentiment du comte, ils déléguèrent la seconde à un ou deux de leurs greffiers, qui prêtaient serment de ne rien écrire que de conforme aux déclarations des parties, et qui, pour donner aux actes rédigés par eux la force exécutoire, les faisaient sceller du sceau du bailliage. On nommait ces greffiers *clercs jurés* ou *tabellions*, et, dans notre pays, le notariat moderne doit reconnaître en eux ses ancêtres.

L'institution des *clercs jurés*, près les juridictions séculières, fut un emprunt fait aux juridictions ecclésiastiques. Dès 1241, l'official de l'archidiacre de Reims déléguait un clerc pour recevoir, de cent quarante et un habitants de Chudardes, la déclaration qu'ils se retiraient de la commune de Trigny [1]. Nous avons men-

[1] Varin, *Archives administratives de la ville de Reims*, I, 644 ; voir des chartes analogues datées de juillet 1248, de janvier 1251, du 27 décembre 1258, du 28 octobre 1264, dans le même volume du même ouvrage, p. 704, 719, 787, 875.

tionné dans notre *Catalogue* (2846)[1] une charte de l'année 1248, qui constate une acquisition d'immeuble faite au nom de Thibaut IV par un de ses baillis, devant un clerc de l'officialité archiépiscopale de Reims, et, en 1256, les officiaux de l'archevêque se déchargeaient sur un de leurs clercs du soin d'entendre et de constater, dans la forme authentique, une transaction de l'abbaye de Saint-Thierry avec les jurés et le reste des habitants d'Hermonville[2]. Nous rencontrons aussi, dès le mois de septembre 1259, un acte émané de l'official de Paris, et duquel il résulte qu'à cette date un clerc, délégué par cet official, reçut à la place de cet official les déclarations de plusieurs habitants de Sucy-en-Brie, au sujet d'un traité conclu entre eux et le chapitre de Notre-Dame[3]. On trouve dans notre *Catalogue* deux actes de l'année 1265, passés l'un par-devant un mandataire de l'official de Besançon (3366), l'autre par-devant un clerc de l'official de Langres (3372). En mai 1271, quand le seigneur et les habitants du Meix-Thiercelin donnèrent leur consentement à l'ordonnance épiscopale qui avait soumis leur hôtel-Dieu à l'hôpital Saint-Nicolas de Troyes, le seigneur put seul pénétrer jusqu'à l'official de Troyes, et ce fut devant un clerc juré que les habitants firent connaître leurs intentions[4]. Le 20 mars 1272, dans l'acte constatant une vente faite à Henri III, nous voyons la femme du vendeur comparaître devant un délégué de l'official de Sens (3701). En janvier 1273, l'official de Châlons-sur-Marne envoya à Vitry-en-Perthois un clerc juré recevoir un consentement à une vente[5]. Notre *Catalogue* mentionne un acte de février 1274, reçu par un tabellion de l'official de Meaux (3789).

Le plus ancien acte connu de nous, qui émane de clercs jurés

[1] Les numéros entre parenthèses renvoient au *Catalogue des actes des comtes de Champagne.*

[2] *Archives administratives de la ville de Reims*, I, 769. Des chartes analogues, datées du 3 octobre 1262, du mois de novembre de la même année, et d'avril 1271, se trouvent dans le même volume du même ouvrage, p. 810, 812 et 914.

[3] *Cartulaire de Notre-Dame de Paris*, II, 171. Des actes analogues, datés de novembre 1263 et du 1er octobre 1265, se trouvent dans le même ouvrage, même volume, p. 9 et 136.

[4] *Etudes sur les documents antérieurs à l'année 1285, conservés dans les archives des quatre petits hôpitaux de la ville de Troyes*, p. 50.

[5] Voir le même ouvrage, p. 60. Ce clerc prend le titre de *notaire*.

près une juridiction séculière de Champagne, est bien postérieur, il date du 8 juin 1284; il porte la suscription de Guillaume du Châtelet, bailli de Troyes, qui l'a fait sceller sur la déclaration de Gillebert du Plessis et de Jean de Vertus, « jurez et establis à ce faire de par madame la roine de Navarre, de Champaigne et de Brie, contesse palazine [1]. » Cette reine de Navarre est Jeanne, qui, par un traité du 17 mai précédent, avait été mise en possession du comté de Champagne, et qui, au bout de seize mois, allait monter sur le trône de France. Mais l'institution des clercs jurés près les juridictions séculières de Champagne devait remonter quelques années plus haut. En effet, un arrêt du parlement de Paris nous apprend qu'en 1282 le comte de Champagne Edmond ou ses gens venaient d'établir à Meaux un tabellion, et que ce tabellion signait les lettres avant qu'elles fussent scellées du sceau du bailli. Sur la plainte de l'évêque de Meaux, il fut enjoint aux gens du comte de mettre un terme à cette innovation [2].

En effet, elle était une violation d'un des principes fondamentaux du droit coutumier alors en vigueur dans le nord de la France. Ce principe était que l'affirmation d'un seul témoin ne prouvait rien en justice, et que la preuve testimoniale, pour mériter la confiance du juge, devait résulter des déclarations concordantes de deux personnes au moins [3]. L'ordonnance

[1] Voir le même ouvrage, p. 26-27.

[2] *Olim*, édit. Beugnot, II, 197, IV; Boutaric, p. 230, n° 2406. Le titre de tabellion existait à Meaux dès 1274; il était à cette date porté par un agent de l'official (3789).

[3] « Voix d'un, voix de nun, » dit Loisel, *Institutes coutumières*, liv. V, tit. V, art. 10, ou, comme s'exprimait déjà un jurisconsulte célèbre du treizième siècle, en parlant de la preuve testimoniale : « En ceste manière de proeve convient il deux loiax tesmoins au mains, li quel s'entresivent saus varier ès demandes qui lor sunt fetes après lor seremens. » Beaumanoir, XXXIX, 5; édit. Beugnot, II, 93. Ce principe se lit déjà dans le *Décret* de Gratien, seconde partie, cause XXXIII, question II, canon 8, qui reproduit une lettre de Paulin, archevêque d'Aquilée vers l'année 794, *quoniam nec Evangelium nec ulla divina humanaque lex unius testimonio etiam idoneo quempiam condemnat vel justificat*. La même maxime se retrouve dans les *Décrétales de Grégoire IX*, liv. II, tit. XX, chap. X, où nous lisons ces mots : *Nec unius testimonium ad condemnationem sufficiat alicujus*. Le droit canon avait emprunté cet axiome à la Bible et au droit romain. On lit dans le *Deutéronome*, XIX, 15 : *Non stabit testis unus contra aliquem..., sed in*

de Philippe le Hardi, sur le notariat, était conforme à ce principe, car en établissant dans « çascune bone vile là u on tient assize » des « prodomes eslis por oïr les marciés et les convenences dont on veut avoir lettres de baillie, » non-seulement elle fixa le nombre de ces « prodomes » à deux dans chacune des localités où elle les institua, mais elle exigea qu'ils agissent toujours conjointement, et elle fit de leur présence simultanée une condition de la validité des actes qu'ils devaient présenter au bailli pour les faire sceller du sceau du bailliage [1].

L'acte notarié du 8 juin 1284, que Gillebert du Plessis et Jean de Vertus firent sceller du sceau du bailliage de Troyes, est conforme à l'ordonnance de Philippe le Hardi, puisque le sceau du bailliage n'y fut suspendu que sur la déclaration des deux « prodomes » exigés par cette ordonnance.

Dans le midi de la France, on était beaucoup moins scrupuleux, et, dès la fin du douzième siècle, le notariat y existait dans certaines grandes villes, comme fonction publique indépendante de l'autorité judiciaire [2]. Nous trouvons, par exemple, un « notaire public » à Marseille, en 1194 [3]. Il serait hardi, peut-être, d'attribuer un caractère officiel aux notaires ou écri-

ore duorum aut trium testium stabit omne verbum, et cet article du code hébraïque est rappelé dans l'Evangile de saint Mathieu, XVIII, 16; dans celui de saint Jean, VIII, 17, et par saint Paul, *Deuxième aux Corinthiens*, XIII, 1; *Epître aux Hébreux*, X, 28. Le jurisconsulte romain Paul, *Decretorum* lib. III, s'exprime dans le même sens : *Imperator pronuntiavit... unius testimonio non esse credendum*, voir ce passage au Digeste, lib. XLVIII, tit. XVIII, loi 20. Cette disposition fut confirmée par une constitution de Constantin le Grand, datée du 25 août 334 : *Manifesto sancimus ut unius omnino testis responsio non audiatur etiam si præclaræ curiæ honore præfulgeat*; cette constitution a été insérée dans le code Théodosien, liv. XI, tit. XXXIX, loi 3; dans le code Justinien, liv. IV, tit. XX, loi 9. On retrouve ces principes dans la loi du 25 ventôse an IX, qui sert encore de base à l'organisation du notariat français (article 9 de cette loi). Mais ils n'étaient pas toujours observés au treizième siècle devant nos juridictions ecclésiastiques; voir cependant des actes des années 1282 et 1289, dans le *Cart. de N.-D. de Paris*, III, 33, 38.

[1] Beaumanoir, I, 40; édit. Beugnot, I, 42.

[2] M. de Wailly, *Eléments de paléographie*, I, 215, dit même que, dès le dixième siècle, il y avait des notaires dans quelques localités du midi de la France, et il prend ici le mot *notaire* dans le sens que nous lui donnons aujourd'hui.

[3] *Cartulaire de Saint-Victor de Marseille*, t. II, p. 588, n° 1112.

vains que nous rencontrons dans le même siècle à Nîmes [1], à Narbonne [2], à Montpellier [3], à Toulouse [4]; mais, dès le commencement du treizième siècle, nous voyons des « notaires publics » ou « communaux » jusque dans de petits bourgs, tels que Penne (Lot-et-Garonne), en 1201 [5], et Lisle (Dordogne), en 1204 [6]. Dès les premières années de ce siècle, le notariat, à Marseille, était assez complétement constitué pour que les notaires eussent déjà l'usage de transcrire sur un registre les actes qu'ils recevaient; ce registre portait le nom de *Cartulaire* [7], et on appelait *ouvroir*, en latin *operatorium*, la salle que chaque notaire consacrait à son travail [8].

Outre les notaires qui tenaient leurs pouvoirs de l'autorité locale, on trouve à Marseille un notaire impérial dès 1225 [9].

Les notaires du Midi agissaient isolément comme le tabellion établi à Meaux, en 1282, par le comte Edmond, et n'étaient même pas comme lui astreints à faire sceller leurs actes du sceau d'un autre fonctionnaire, comme les clercs jurés du nord de la France.

D'ailleurs, quelque inférieure que fût la condition du notariat dans nos contrées septentrionales, le notariat existait dans ces

[1] Nous signalerons pour cette ville Pierre *de Rothenis*, qui, de 1144 à 1167, a écrit vingt-trois chartes conservées encore au trésor des chartes, et que M. Teulet, *Layettes du trésor des chartes*, a reproduites ou analysées sous les nos 85, 88, 101-103, 112, 113, 119, 120, 130, 135, 136, 140, 142, 145, 155-158, 195, 196, 198, 204; il ne prend nulle part le titre de notaire, mais à partir de l'année 1174, ce titre fut porté par Pierre Petit, qui paraît lui avoir succédé, et qui, de 1167 à 1191, écrivit vingt-sept actes conservés au trésor des chartes : Teulet, *Layettes du trésor des chartes*, nos 211, 213, 224, 226, 228-235, 239, 250, 260, 269, 275, 285, 309, 311, 316, 331-333, 339, 350, 395.

[2] *Cartulaire de Saint-Victor de Marseille*, t. II, p. 401, no 961, charte de l'année 1185, écrite par un notaire de Narbonne.

[3] *Layettes du trésor des chartes*, no 417, charte de l'année 1194, écrite par le notaire Guillaume Rémond.

[4] Les *Layettes du trésor des chartes*, nos 91, 105, 114, 122, 149, nous fournissent cinq chartes écrites dans cette ville par Ponce Vital, de 1146 à 1158, mais cet écrivain ne prend pas le titre de notaire.

[5] *Layettes du trésor des chartes*, no 618.

[6] *Ibid.*, no 719.

[7] Chartes des années 1212 et 1229, dans le *Cartulaire de Saint-Victor de Marseille*, t. II, p. 293, 363.

[8] Charte de l'année 1204, dans le *Cartulaire de Saint-Victor de Marseille*, t. II, p. 400, no 960.

[9] *Cartulaire de Saint-Victor de Marseille*, t. II, p. 382; cf. 347-348.

contrées antérieurement à l'époque où il pénétra dans notre province. Tout près de la Champagne, le duc de Lorraine, Mathieu II, contemporain de Thibaut IV, avait, bien avant le comte Edmond, et dès 1232, établi des notaires dans ses Etats [1]. Il y eut aussi, dit-on, des notaires royaux à Paris dès le règne de saint Louis [2]. De tous ces faits, il résulte que si, en certaines matières, nos comtes ont devancé leurs voisins, celle-ci n'est pas du nombre ; et quelque téméraire qu'ait pu être la tentative avortée d'Edmond, elle n'a été qu'une imitation plus ou moins adroite de ce qui se pratiquait ailleurs et à côté d'eux depuis longtemps.

Cependant le notariat avait existé en germe dans la Champagne pendant quelques années au début du treizième siècle. L'ordonnance royale du mois de septembre 1206, rendue avec l'assistance de Blanche de Navarre, et par conséquent exécutoire dans notre province, avait établi dans chaque ville un écrivain des actes des juifs, un sceau et un contre-sceau des juifs, confiés dans chaque ville à la garde de deux bourgeois. Les titres constatant les créances des juifs devaient, pour être valables, être dressés par l'écrivain des juifs, scellés du sceau et du contre-sceau des juifs (658). Nous ne savons pas combien de temps dura en Champagne cette institution, qui est encore mentionnée en 1222 (1422), et qui fut supprimée en France par l'ordonnance de novembre 1223 (1575).

Généraliser cette institution et en étendre le bénéfice à d'autres actes que ceux des juifs, aurait été la cause de l'introduction du notariat dans notre province ; mais les greffiers qui, dès le commencement du treizième siècle, étaient attachés à chaque prévôté (554), suffisaient alors sans doute à l'expédition des actes de la juridiction gracieuse comme aux besoins du service contentieux ; aussi, comme nous l'avons dit, ce fut seulement vers la fin de ce siècle que l'augmentation du nombre des affaires provoqua l'institution du notariat en Champagne.

D'ARBOIS DE JUBAINVILLE.

[1] Rogéville, *Dict. hist. des ordonnances de Lorraine*, II, 165-167 ; cf. Digot., *Hist. de Lorraine*, II, 68, et Noël, *Recherches historiques sur l'origine du notariat dans le ci-devant duché de Lorraine*, p. 103-106.

[2] Delamarre, *Traité de la police*, liv. I, tit. VIII, chap. II ; cf. *Nouveau Traité de diplomatique*, V, 68.

PRÉCIS HISTORIQUE

DE

L'ORIGINE ET DU DÉVELOPPEMENT

DE LA

COMMUNAUTÉ DES BIENS ENTRE ÉPOUX.

AVANT-PROPOS.

En 1851 parut la première édition de mon *Traité de la communauté des biens entre époux d'après les lois de la Suède* (titre suédois : *Om lagbestämd Giftorätt*). L'accueil favorable fait à cet ouvrage et les éloges dont il fut l'objet de la part des juges compétents, m'engagea à en donner une seconde édition, avec modification du titre (*Om makars Giftorätt i Bo*). Cette édition fut augmentée de plusieurs chapitres et soumise à une révision complète.

L'ouvrage suédois est divisé en deux parties, dont la première contient un aperçu historique du développement de la communauté des biens entre époux, et la seconde une exposition du régime de cette communauté d'après le droit suédois actuel. C'est la première partie qui, augmentée d'un chapitre final, paraît maintenant en traduction française.

La communauté des biens entre époux est assurément l'une des institutions qui offrent le plus d'intérêt dans des recherches sur l'histoire du droit. Son origine purement germanique a été mise en question et même niée. Mais on n'a jamais contesté, ce qui serait du reste impossible, l'importance de cette institution dans l'histoire de la civilisation. C'est pour contribuer, autant qu'il est en mon pouvoir, à résoudre la question de l'origine, du développement et de l'importance du régime de la communauté des biens entre époux, ainsi que pour montrer la concordance que présentent à son égard, dans certains principes, les lois des Germains du sud et celles des peuples scandinaves, que

je soumets ce précis au jugement des personnes compétentes en dehors des limites de ma patrie.

L'illustre auteur de l'*Histoire du droit français*, M. Laferrière, membre de l'Institut, dont non-seulement la France, mais encore tous les amis de la science du droit déplorent la mort prématurée, m'avait engagé, par lettre, en 1860, à donner une traduction française de la partie de mon livre traitant du développement de la communauté des biens d'après les anciennes lois scandinaves. Il m'offrait même, si je n'étais pas disposé à faire traduire toute la partie historique, d'en insérer quelques chapitres dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*.

M'appuyant sur les offres de cet homme distingué, dont j'avais eu l'honneur de faire la connaissance personnelle pendant un séjour à Paris en 1857, je me décidai à faire traduire la partie historique en son entier. En 1861, pendant un nouveau séjour à Paris, j'entrai en connaissance avec M. A. Durand, qui se chargea d'être l'éditeur de l'ouvrage, dont la traduction est due à M. Jules-Henri Kramer, licencié ès lettres de l'Académie de Neufchâtel en Suisse, actuellement domicilié à Stockholm.

Des recherches historiques sur la communauté des biens entre époux ont été faites, dans ces derniers temps, avec le plus grand succès en France, par de savants jurisconsultes et des écrivains distingués, comme Pardessus, Laferrière, MM. Kœnigswarter, Ginoulhiac, Troplong et Laboulaye, lesquels ont traité la matière avec une sagacité et une érudition toutes spéciales. En Allemagne, Gans et les germanistes célèbres, MM. J. Grimm et Mittermaier ont soumis, pour parvenir à la connaissance de la vérité, les anciennes sources du droit germanique aux études les plus profondes et les plus sérieuses.

Pleinement convaincu que l'on ne peut atteindre le but désiré sans des *études comparatives* comprenant aussi les *sources juridiques du Nord scandinave*, j'ai désiré y apporter aussi ma contribution, quelque faible qu'elle soit. Ce n'est pas seulement pour la chose en elle-même, c'est encore dans l'espérance d'amener les jurisconsultes étrangers à s'occuper des lois de ma patrie un peu plus que ce n'a été le cas jusqu'ici.

Dans les notes placées sous le texte, j'ai cité les sources ordinairement en reproduisant leurs propres termes. Le lecteur

est de la sorte en mesure de contrôler l'auteur et de se faire une opinion propre, sans avoir besoin de chercher pour chaque fois des sources que du reste il n'est pas toujours facile de se procurer.

Enfin, que l'on me permette de donner la liste des éditions des anciennes lois scandinaves dont je me suis servi.

Ce sont :

a. *Lois islandaises.*

La *Grágás* (douzième siècle), publiée par M. *Schlegel*. Copenhague, 1829, I, II, avec une traduction en latin et un glossaire de M. *Sveinbjörnsson*.

La loi dite *Járnsida* (1258-72), publiée par M. *Sveinbjörnsson*. Christiania, 1846, avec traduction et glossaire en latin.

La loi dite *Jonsbok* (1280), publiée en danois par *Thorhallesen*. Copenhague, 1765.

b. *Lois norvégiennes.*

La loi dite de l'*Eidsivathing* (Droit ecclésiastique, *Christen retr*).

La loi dite du *Borgarthing*.

La loi dite du *Frostathing* (du commencement du treizième siècle).

Les deux lois dites du *Gulathing* (l'*ancienne*, du milieu du douzième siècle ; la *nouvelle* ou *Nouvelle Landslag*).

(Loi des campagnes, de 1274).

Les deux lois dites de *Bjarkö* (lois des villes ; l'*ancienne*, du milieu du treizième siècle ; la *nouvelle*, de 1276).

Toutes ces lois ont été publiées dans la *Collection des anciennes lois norvégiennes* (*Samling af gamle norske love*), de MM. *Munch* et *Keiser*. Christiania, 1846-48, I-III).

Le *Code de Christian IV* (1604), publié par MM. *Hallager* et *Brandt*. Christiania, 1856.

Le *Code* (encore en vigueur) *de Christian V* (1687 ; imprimé la même année à Copenhague).

c. *Lois danoises.*

L'ancienne loi de Séland, dite *de Waldemar* (*Waldemars Sjellandske lov*).

La nouvelle loi de Séland, dite d'*Eric* (*Eriks Sjellandske lov*).

La loi de *Jutland*, dite de *Waldemar II* (*Waldemars Judske lov*), (1281).

Les lois des villes danoises.

Toutes ces lois ont été publiées par M. *Kolderup-Rosenvinge* dans la *Collection des anciennes lois danoises* (*Samling af gamle Danske love*). Copenhague, 1821-1846, I-V.

Le *Code* (encore en vigueur) *de Christian V* (1683; imprimé à Copenhague, même année).

d. *Lois suédoises.*

Les deux lois de *Westrogothie* (*äldre och yngre Vestgötalagen*), l'*ancienne*, du commencement du treizième siècle; la *nouvelle*, de la fin du même siècle.

La loi *d'Ostrogothie* (*Östgötalag*), de la fin du treizième siècle.

La loi de l'île de *Gotland* (*Gotlandslag*), de la fin du treizième siècle.

La loi *d'Upland* (*Uplandslag*), de 1296.

La loi de *Sudermanie* (*Södermannalag*), de 1327.

L'*ancienne* et la *nouvelle* loi de *Westmanland* (*äldre och yngre Westmannalag*), du commencement du quatorzième siècle.

La loi de *Helsingland* (*Helsingelag*), 1320-1347.

La loi de *Scanie* (*Skånelag*), 1203-12.

Lex Scaniæ antiqua, latine reddita per Andream Sunonis (1206-15).

La loi de *Smâland* (*Smålandslag*), du commencement du quatorzième siècle.

L'*ancienne loi des villes* (*Björköa Rätt*), de la fin du treizième siècle.

L'*ancienne loi des villes de Scanie* (*Skånska Stadslagen*), de la fin du treizième siècle.

La loi de l'ancienne ville hanséatique de Wisby, île de Gotland (*Wisby Stadslag*), du milieu du quatorzième siècle.

Toutes ces lois ont été publiées par M. *Schlyter*, dans la *Collection des anciennes lois suédoises* (*Corpus juris sueco-gotici antiqui*). Stockholm, Upsal et Lund, 1827-59, I-IX, avec glossaire en latin.

L'*ancienne loi des campagnes*, dite *de Magnus Eriksson* (*Magni Erikssons Landslag*), de 1347. Cette loi a été publiée à Lund, en 1862, par M. *Schlyter* (*Corpus juris sueo-gotici antiqui*, X).

La nouvelle loi des campagnes, dite de *Christophe* (*Christophers Landslag*), de 1442; publiée par *Abrahamsson*, Stockholm, 1726.

La nouvelle loi des villes, dite de *Magnus Eriksson* (*Magni Erikssons Stadslag*), de 1347-65; publiée par *Arnell*. Stockholm, 1730.

Upsal, en juillet 1864.

K. D'OLIVECRONA.

ABRÉVIATIONS.

A. L. B. Ancienne loi du Borgarthing.
A. L. V. N. Ancienne loi des villes norvégiennes.
A. L. W. Ancienne loi de Westrogothie.
A. L. W:d. Ancienne loi de Westmanland.
L. C. Chr. Loi des campagnes de Christophe.
L. C. M. E. Loi des campagnes de Magnus Erichsson.
L. F. Loi du Frostathing.

L. G. Loi de Gotland.
L. G:g. Loi du Gulathing.
L. H. Loi de Helsingland.
L. N. Chr. IV. Loi norvégienne de Christian IV.
L. S. Loi de Scanie.
L. Sd. Loi de Sudermanie.
L. O. Loi d'Ostrogothie.
L. U. Loi d'Upland.
N. L. B. Nouvelle loi du Borgarthing.
N. L. V. N. Nouvelle loi des villes norvégiennes.
N. L. W. Nouvelle loi de Westrogothie.
N. L. W:d. Nouvelle loi de Westmanland.
S. E. Section ecclésiastique.
S. I. Section des immeubles.
S. M. Section des mariages.
S. S. Section des successions.

PREMIÈRE SECTION.

A. — Absence totale du régime de la communauté.

CHAPITRE Ier.

LA FEMME N'AVAIT PRIMITIVEMENT AUCUN DROIT DE PROPRIÉTÉ DANS LA FAMILLE.

> « Toute institution est le développement « d'un principe qui s'est modifié avec le « temps et les circonstances, et qui, dans « son origine comme dans ses progrès, a dû « toujours être en harmonie avec les autres « parties de la législation où il a été en « vigueur. »
>
> GINOULHIAC.

L'idée d'une communauté des biens, totale ou partielle, entre époux, n'appartient pas aux premiers temps de l'histoire de la civilisation. Inconnue aux mœurs de l'Orient, aux institutions du droit de la Grèce et de Rome, c'est chez les peuples Germains qu'on la rencontre pour la première fois; de nos jours encore, elle ne se fait valoir que dans les lois où les principes du droit germanique se sont maintenus sans compétition étrangère, ou après une lutte victorieuse contre ceux du droit ro-

main. L'histoire de la communauté des biens entre époux est, à certains égards, une page importante de l'histoire de la civilisation. Elle montre comment la femme parvint, quoique lentement, à faire reconnaître sa personnalité et sa capacité civile dans la sphère de la famille. A mesure que la civilisation progresse, la femme voit s'améliorer successivement sa condition vis-à-vis de l'homme. Primitivement placée dans un état marqué d'avilissement et d'infériorité, la femme a désormais obtenu, dans les lois des peuples civilisés, des garanties dignes de son sexe et de la place à laquelle la nature l'a destinée dans la famille et dans la société. Elle n'avait, dans le principe, droit à aucun des biens du domicile conjugal. Le premier avantage que lui reconnut la loi fut d'avoir quelque chose en propre. Enfin, mais bien plus tard, certaines législations lui accordèrent un droit de communauté sur la totalité ou sur une partie des biens conjugaux.

L'idée du mariage a été comprise bien différemment chez la plupart des peuples et à diverses époques. Ce fait, basé sur la multiplicité des mœurs et des idées religieuses, a exercé une puissante influence sur le développement des institutions du droit de famille. Cela ne doit pas paraître étrange, si l'on ne perd pas de vue que le mariage est la base de la famille. Il est donc naturel que cette influence doive être d'une portée toute particulière dans le régime des biens entre époux. Chez les peuples barbares, le mariage n'a été et n'est encore que la polygamie. Chez ceux mêmes où la monogamie existait depuis des temps reculés, on a regardé cette institution de deux manières: ou le mari était considéré comme ayant un pouvoir absolu sur la femme, ou la femme, placée sur la même ligne que son époux, était, à tous égards, indépendante de ce dernier comme chef de la famille. L'idée que l'époux et l'épouse contractent une union personnelle pour la vie est née du christianisme. Les influences morales de ces différentes opinions du mariage ne déterminent, il est vrai, que les rapports personnels des époux; mais elles ne peuvent manquer d'exercer leur influence sur les principes en vertu desquels les lois et les coutumes ont fixé le régime des biens conjugaux.

On peut diviser en trois périodes le développement de ce régime.

Dans la première, la plus ancienne, les mœurs autorisent la polygamie ; le mari est tout dans la famille, et l'épouse s'élève à peine au-dessus de la condition de l'esclave. Elle ne peut donc, aussi longtemps qu'elle subit cet état, revendiquer une part quelconque dans les biens conjugaux.

Dans la seconde période, par suite des progrès de la civilisation, la monogamie gagne du terrain et finit par anéantir la polygamie. Au commencement, le mari est encore tout et la femme reste privée de la capacité civile. Mais, peu à peu, on la reconnaît comme capable de certains droits dans la famille, et on lui accorde celui d'avoir des biens propres placés sous l'administration du mari, ou directement administrés par elle-même.

Avec la troisième et dernière période commence pour la femme la possibilité, non-seulement de disposer pendant le mariage de ses biens propres, mais encore d'entrer avec l'homme dans une communauté des biens.

Ces trois périodes correspondent avec une exactitude remarquable aux époques principales de la marche de la civilisation. La civilisation nous est venue de l'Orient, où, toutefois, la femme était privée de la capacité civile. L'Orient légua ces faibles commencements à la Grèce et à Rome, qui leur donnèrent un développement jusqu'alors inconnu dans l'histoire de l'humanité. C'est là qu'il fut, pour la première fois, permis à la femme de jouir de quelques droits dans la sphère de la famille. Mais il était réservé à la civilisation germano-chrétienne de faire naître l'idée d'une communauté des biens entre époux.

Suivant à peu près cet ordre historique, nous allons maintenant donner un aperçu succinct du régime des biens conjugaux chez les peuples qui peuvent être regardés comme les pères de la civilisation. Cela justifiera pleinement, nous l'espérons du moins, ce que nous venons de dire sur les rapports civils de la femme et de l'homme. Nous verrons, dans l'histoire des diverses législations, une tendance à laquelle il est impossible de se méprendre, savoir le développement progressif des droits de la femme dans la sphère de la famille. Le but final de cette tendance paraît être, chez nous comme ailleurs, de conférer aux époux « une communauté universelle des biens » (*communio bonorum universalis*) indépendante de la nature des biens communs.

Si nous tournons, en premier lieu, nos regards vers l'Orient, des données historiques concordantes nous montrent que, de toute antiquité, la polygamie a été permise chez les Indous[1], les Chinois[2], les anciens Israélites[3], les Arabes[4], les Turcs, et toutes les nations soumises au culte de l'Islam. Partout où les mœurs permettent la pluralité des femmes, la femme se trouve à l'égard de l'homme dans une position fortement marquée d'infériorité, et la condition de l'épouse y est à peine, nous le répétons, supérieure à celle de l'esclave.

Dans la conscience de sa supériorité, l'homme, chef naturel de la famille, ne manque pas de s'attribuer tous les droits et de se réserver, avec un pouvoir illimité sur les membres de la famille, la propriété de tous les biens présents ou futurs du domicile conjugal. La femme elle-même fait partie de ces biens, car elle est achetée et vendue comme une marchandise. Aussi voit-on que dans toute polygamie, *l'achat*[5] est la forme sous laquelle se conclut le mariage[6]. Cette forme de célébration prouve suffisamment que la femme n'est pas considérée comme douée de capacité civile, mais seulement comme un être dont le sort dépend du bon vouloir de son propriétaire[7]. Il existe

[1] Voir Gans : *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung*. Berlin, 1824, I, p. 75. Il existe toutefois des traces de monogamie chez les Hindous, ainsi que chez les anciens Parses ; voir p. 246 et 264. C'est une question douteuse que, chez les Egyptiens, d'autres individus que les prêtres aient vraiment vécu dans la polygamie. Hérodote, II, 92, et Diodore, I, 80, fournissent à cet égard des données contradictoires.

[2] Gans, *ut suprà*, p. 102.

[3] Ier livre de Samuel, I, 2 ; Ier livre des Rois, 18, 27. — Cf. Michaëlis : *Mosaisches Recht*. Francfort-sur-Mein, 1771-75, II, p. 163-86.

[4] Gans, *ut suprà*, p. 186.

[5] Cf. Koënigswarter : *Etudes historiques sur les développements de la société humaine* (*Revue de législation et de jurisprudence*, *XXXIV* (1849, p. 145-149).

[6] Saalschütz : *Das mosaische Recht*. Berlin 1853, II, p. 730-35, nie que chez les Hébreux la femme ait été achetée ; il ne voit dans le *Mohar* (Moïse, 2, 22, 16 ; 1, 34-12. Sam., I, 18, 25), qu'un présent des fiançailles et non un prix d'achat.

[7] Michaëlis, *u. s.*, p. 107 : « *Das Verkaufen der Töchter zu Frauen, hat in die sämtlichen Eherechte einen grossen Einfluss gehabt. Gekaufte Frauen können doch wohl kaum völlig frey, sie können kaum mehr, als die obersten Sclavinnen seyn.* » Tornow : *Das Moslemische Recht*. Leipsic, 1855, p. 74, s'exprime comme suit : « Ueberhaupt wird, wie beim Kaufe, so bei der

donc, partout où règne la polygamie, une multitude d'empêchements pour la femme de jamais se libérer de l'état d'avilissement que lui imposent des mœurs barbares. Aussi longtemps que la loi ne reconnaît pas en elle un être doué de capacité civile, il lui est impossible de revendiquer dans la famille des droits quelconques de propriété. Elle ne peut, dès lors, avoir des biens propres soustraits à l'administration du mari [1]; elle peut encore moins participer à une propriété commune, qui présuppose toujours une certaine égalité de droits. L'égalité des deux sexes est une idée totalement étrangère aux peuples polygames, la polygamie reposant sur le principe fondamental que l'homme seul est maître, et que la femme n'existe que pour le servir. La communauté des biens est impossible sous un tel régime; on ne la trouve, par conséquent, chez aucun des peuples dont les mœurs permettent à l'homme de vivre conjugalement avec plusieurs femmes.

CHAPITRE II.

LA FEMME OBTIENT DES BIENS PROPRES. ORIGINE DE LA DOT.

L'histoire nous apprend que ce fut chez les Grecs, et, parmi eux, chez les Athéniens que se développa l'idée d'une personnalité libre. Il fut réservé aux mœurs de la société grecque de montrer pour la première fois au monde la femme comme reconnue capable de droits dans la sphère de la famille. L'indépendance et la capacité civile accordées à l'épouse par les lois et les institutions grecques relatives à la famille, quoique, sans doute, bien rudimentaires et bien peu développées, indiquent, du moins, le degré supérieur de culture auquel les Grecs étaient arrivés en comparaison de l'Orient. Le mariage grec était monogame [2], fait qui annonce, dès l'abord, une idée plus pure de

[1] Ehe, eine Veräusserung angenommen. Beim Kaufe ist es die Waare, bei der Ehe, das genitale arvum mulieris, le champ génital de la femme. »

[1] Gans, *ut s.*, I, p. 142, montre que, quoiqu'il existe dans le droit du Talmud des traces d'une dot pour la femme mariée, la constitution de la dot n'est pas une coutume appartenant à ce droit, mais qu'elle est empruntée à la législation grecque.

[2] Cf. Gans, *ut suprà*, I, p. 295 et suiv.

l'union conjugale. C'est seulement sous le régime de la monogamie qu'il est possible à la femme de se faire reconnaître par l'homme comme un être indépendant, participant avec lui à des droits dans la sphère de la famille.

La forme de la conclusion du mariage chez les anciens Athéniens était essentiellement différente des coutumes suivies par les peuples de l'Orient. Le mariage, comme on l'a vu plus haut, se réduisait en général, chez ces derniers, à un achat pur et simple, prouvant qu'ils ne voyaient dans les femmes que des choses, et non des êtres placés avec eux sur le même échelon social. La femme attique était au contraire, après des fiançailles solennelles (ἐγγύη), remise par ses parents à son époux futur. Son gardien légal (κύριος), son père ou l'un de ses agnats, était tenu, par la loi, de lui constituer une dot προιξ, φερνή (*dos*)[1]. Cette dot, qui se stipulait par écrit, en présence de témoins, la femme l'emportait avec elle dans le domicile conjugal. L'époux en avait l'administration, afin d'en employer les revenus aux dépenses du ménage. La femme était ordinairement nantie, pour le montant de sa dot, d'une hypothèque sur tous les biens du mari (ἀποτίμημα)[2]. La dot (προιξ) était, avec les fiançailles, la condition absolue du mariage légal[3]; elle légitimait l'état de la femme comme épouse, et lui conférait la capacité civile dans la sphère de la famille. L'épouse était distinguée, par la dot, des concubines du mari[4]. Ces dernières n'avaient pas de dot, elles étaient achetées, et leur condition se trouvait, par ce fait, inférieure à tous égards à celle de l'épouse légitime.

Ainsi, dans la monogamie grecque, l'épouse était placée *à côté* de son mari, mais ni comme son égale, ni comme faisant un seul être moral avec lui. Cette position isolée était aussi ré-

[1] Voyez, en outre, Meier und Schömann : *Der attische Process*. Halle, 1824 (ouvrage couronné), p. 415-17, et Platner : *Der Process und die Klagen bei den Attikern*. Darmstad, 1825, II, p. 252-53.

[2] Cf. Meier und Schömann, *u. s.*, p. 419, et Platner, *u. s.*, p. 263. — Il paraît avoir été statué avec le temps, que l'homme acquérait effectivement, à la conclusion du mariage, la dot de la femme, moyennant l'obligation de lui constituer, pour le cas de la dissolution du mariage, une *donatio propter nuptias* (ἀντιφέρνη) ; voir Gans, *u. s.*, I, p. 308.

[3] Cf. Platner, *u. s.*, p. 260, et Gans, *u. s.*, p. 302.

[4] La monogamie grecque permettait à l'homme marié l'usage de concubines (παλλακές).

glée et définie par le régime des biens conjugaux. L'épouse avait sa propriété privée, sa προίξ, placée sous l'administration maritale. Quant à d'autres biens éventuels (παράφερνη), elle en avait la disposition absolue. A la dissolution du mariage, la veuve, ou les héritiers de la femme pouvaient revendiquer la προίξ, ou sa valeur, si la προίξ avait été dissipée, et toute créance de ce genre était privilégiée. A part cela, la femme n'avait aucun droit sur les biens de la masse. Les acquêts faits pendant le mariage appartenaient à l'homme. Ainsi, la communauté des biens entre époux a été, pour les Grecs comme pour les Orientaux [1], une chose totalement étrangère à leurs mœurs et à leurs idées [2].

CHAPITRE III.

DU RÉGIME DOTAL CHEZ LES ROMAINS.

Chez les Romains, dont les lois ont exercé une si vaste et si profonde influence sur la plupart des législations européennes, on cherche en vain des traces d'une communauté de biens entre époux. Pour le régime des biens conjugaux, le droit romain ne connaissait que deux alternatives : dans la première, le mari jouissait de ces biens, à titre exclusif de propriété ; dans la seconde, les époux avaient chacun des biens propres. Le premier cas était une conséquence nécessaire de la sujétion de la femme, le second une suite de son *entière indépendance*. Ces deux extrêmes mettent le droit romain dans une opposition marquée avec les législations où le régime des biens conjugaux est basé sur une communauté plus ou moins étendue. Ce qui caractérise le droit matrimonial des Romains, c'est justement l'absence de toute communauté de biens entre époux [3]. Cette absence doit

[1] La communauté des biens n'a jamais existé chez les Hébreux, et, selon le droit mosaïco-rabbinique encore en vigueur, tous les acquêts de la femme pendant le mariage, sont considérés comme appartenant au mari. Cf. Fassel : *Das mosaisch rabbinische Civilrecht*. Vienne, 1852, I, p. 54-55.

[2] Cf. Meier und Schöman, *ut s.*, p. 419 : « Aus dem Gesagten ergiebt « sich, dass in Athen *keine Gütergemeinschaft* zwischen Eheleuten gegeben, « dass das Eigenthum an der Mitgift nur der Frau und deren κύριος zuge- « standen habe, dem Manne aber nur der Niessbrauch derselben zuge- « kommen sei. »

[3] Les jurisconsultes romains définissaient, il est vrai, le mariage dans les

son origine tant à l'organisation politique de la famille[1], particulière à la vie sociale de l'ancienne Rome, qu'aux rapports légaux tout particuliers résultant de la forme des mariages connus chez les Romains.

Le principe sur lequel reposait l'organisation de la famille romaine n'était pas, comme chez nous et chez nos ancêtres, *le lien du sang*, mais la puissance paternelle, *patria potestas*. L'ancien droit romain voyait dans la famille une agrégation d'individus n'ayant de signification civile que dans leurs rapports avec le chef de famille, leur représentant et leur maître absolu. La famille était donc composée de tous ceux qui, en vertu de rapports naturels, ou par le vœu de la loi, étaient placés sous la même *patria potestas*, quelle que fût du reste leur origine[2]. La capacité civile de tous les membres de la famille était comme concentrée chez le *paterfamilias ;* lui seul, jouissant d'une indépendance absolue (*sui juris*), possédait des droits par lui-même, tandis que les autres n'en avaient que par lui. Il exerçait un pouvoir absolu sur tous les membres de la famille, et le *dominium* sur tout ce que ceux-ci pouvaient acquérir.

Une nécessité politique, dont le développement n'appartient pas à notre sujet, exigeant donc dans la Rome républicaine la puissance absolue du chef de famille[3], il en résultait, par une conséquence naturelle, que la femme ne pouvait revendiquer des biens propres. Sa personne, subordonnée par la naissance ou par l'adoption à la puissance du chef de famille (*in potestate patrisfamilias*), et ne pouvant, dès lors, être capable de droits

termes suivants : « Conjunctio maris et feminæ, consortium omnis vitæ, « divini et humani juris communicatio » (fr. 1. D. *De ritu nupt.*, 23, 2), mais ils n'admettent toutefois pas que la *communicatio juris* s'étendit aux biens des époux.

[1] Cf. Ed. Laboulaye : *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*. Paris, 1839 (Mémoire couronné), p. 165, et les *Recherches* du même auteur *sur la condition civile et politique des femmes*. Paris, 1843 (Mémoire couronné), p. 12 et 31.

[2] Fr. 195, § 2. D., *De verb. sign.* (50, 16) : « Jure proprio familiam di- « cimus plures personas, quæ sunt sub unius potestate, aut natura aut jure « subjectæ, » etc.

[3] Gaius : *Comment.*, I, § 55 (éd. Boëcking. Bonn, 1850, p. 17) : « Fere « enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem « qualem nos habemus. »

que médiatement, par lui, il n'existait aucune raison d'admettre qu'elle pût, comme épouse, obtenir des droits plus étendus.

Le mariage (*connubium*, *justæ nuptiæ*) reconnu chez les anciens Romains entre un citoyen romain (*civis romanus*) et une citoyenne romaine, était une monogamie pure[1]. Mais la société romaine connaissait deux espèces de mariage, amenant chacune entre les deux époux un régime des biens essentiellement différent. Nous ne pouvons omettre d'en parler, pour montrer que les rapports légaux des époux étaient, dans les deux cas, de nature à ne permettre aucune communauté.

La première était le mariage rigoureux[2], consacré par la *confarréation*[3] (sacrifice avec le *panis farreus*, en présence de témoins, et avec des cérémonies religieuses obligatoires), ou par la *coemptio*[4] (achat symbolique), ou enfin uniquement par l'*usus*[5], dès que la femme n'avait pas passé trois nuits (*trinoctium*), l'année durant, hors du domicile conjugal, ce qui aurait

[1] La monogamie romaine était, dans son idée, plus pure que la monogamie grecque. Car, tandis que les mœurs grecques permettent à l'homme d'avoir, outre une épouse, plusieurs concubines, les mœurs romaines répugnaient à la cohabitation simultanée du mari avec son épouse et des concubines. Paulus : *Sent. receptæ*, II, 20, 1 (dans le *Jus civile antejustinianeum*. Berlin, 1815, I, p. 123) : « *Eo tempore*, quo quis uxorem habet, *concubinam* « *habere non potest;* » L. un. Cod. (5, 26), *De concub.* : « Nemini licentia « concedatur constante matrimonio concubinam penes se habere. »

[2] Cf. Ginoulhiac : *Histoire du régime dotal*, p. 53-65 ; Wolowski : *De la société conjugale* (Revue de législation et de jurisprudence, 1852), p. 14.

[3] Gaius : *Comment.*, I, § 112 (p. 32). « *Farreo in manum*, conveniunt per « quoddam genus sacrificii... in quo farreus panis adhibetur ; unde etiam « confarreatio dicitur, sed complura præterea hujus juris ordinandi gratia « cum certis et sollennibus verbis, presentibus decem testibus aguntur et « fiunt. Quod jus etiam nostris temporibus in usu est. » — Ulpiani : *Fragmenta*, 9 (*Jus civile antej.*, I, p. 31). — Cf. Gans : *Scholien zum Gaius*. Berlin, 1821, p. 145. — Rossbach : *Untersuchungen über die Römische Ehe*. Stuttgart, 1853, p. 100-128.

[4] Gaius : *Comment.*, I, § 113 (p. 33). « Coemptione in manum conveniunt « per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem, adhi- « bitis non minus quam V testibus, civibus Romanis puberibus, item libri- « pendi. » — Cf. Gans, *ut s.*, p. 147-48 ; — Rossbach, *ut s.*, p. 66-95.

[5] Gaius : *Comment.*, I, § 111 (p. 32). « *Usu in manum conveniebat* quæ « anno continuo nupta perseverabat ; quæ enim velut annua possessione « usu capiebatur, in familiam viri transiebat, filiæque locum obtinebat. » — Cf. Gans, *ut s.*, p. 143-45 ; — Rossbach, *ut s.*, p. 147-61.

interrompu *l'usucapio*. Les deux dernières formes indiquent clairement l'acquisition du droit de propriété quiritaine, soit par la *mancipatio*[1] ou *l'usucapio*[2]. Le mariage rigoureux mettait l'épouse dans la puissance presque absolue du mari. On la disait alors *in manu mariti*, mais elle possédait toutefois la dignité de *materfamilias*, et la *manus* n'avait pour effet que de la priver de toute capacité civile, comme étant complétement *non sui juris*. Elle n'avait donc aucun droit de propriété[3]. Dès que le mari n'était pas soumis lui-même à la *patria potestas*, tous les biens de l'épouse appartenaient à lui seul, de même que les acquêts faits pendant le mariage[4]. La totalité des biens des époux se fondait de la sorte en un patrimoine unique dont le mari seul était propriétaire. Il n'existait donc, pendant le mariage, qu'une propriété, celle *du mari*. La *manus* étant une puissance analogue[5] à la *patria potestas*, la position légale de la femme vis-à-vis de son époux ne différait guère de ses rapports antérieurs, comme fille, avec le *paterfamilias*. Le mariage faisait d'elle un nouveau membre de la famille du mari, n'appartenant plus, à aucun égard, à la famille paternelle, dont elle ne pouvait pas même hériter. Lorsque le mari mourait, elle recevait, dans la succession, une part égale à celle d'une de ses filles (*sua heres*[6]).

Ainsi, quoique le mariage rigoureux des Romains indique, en sa qualité de monogamie, des notions morales plus pures que

[1] Gaius : *Comment.*, I, § 119 (p. 35).

[2] Gaius : *Comment.*, II, § 42 (p. 71-72).

[3] Gaius : *Comment.*, II, § 96 (p. 88). « In summa sciendum est his qui « in potestate *manu*, mancipiove sunt, nihil in jure cedi posse : cum enim « *istarum personarum nihil suum esse possit*, conveniens est scilicet ut « nihil suum esse in jure dicare possint. »

[4] Gaius : *Comment.*, II, § 90 (p. 86). « Per eas vero personas quas *in* « *manu* mancipiove habemus, *proprietas quidem adquiritur nobis* ex omni- « bus causis sicut per eos qui in potestate nostra sunt. » § 98. « Sive quem « adrogaverimus, sive quam *in manum* ut uxorem receperimus, *eius res ad* « *nos transeunt.* »

[5] Gans, *ut s.*, p. 140. « Die *manus* ist nur ein Analogon der väterlichen « Gewalt. »

[6] Gaius : *Comment.*, III, 3 (p. 147). « Uxor quoque, quæ *in manu* est, « *sua heres est, quia filiæ loco est.* » Ulpiani, *Fragm.*, XXII, 14. « *Sui* au- « tem *heredes* sunt liberi, quos in potestate habemus, tam naturales quam » adoptivi : item *uxor*, quæ in manu est. » (*Jus antej.*, I, p. 65).

les unions polygames de l'Orient[1], il offre, toutefois, dans les rapports légaux entre les époux de nombreuses analogies avec ces dernières. Il emporte, comme elles[2], l'idée que la femme

[1] Gans : *Das Erbrecht*, I, p. 23, s'exprime comme suit : « In dieser « strengen Ehe des Römischen Rechts, worin das Verhältniss des Mannes « zur Frau das *rein sachliche des Eigenthümers zu seinem Eigenthume* ist, « wie den auch die Form dieser Ehe fast lediglich die der Erwerbung « einer Sache überhaupt bleibt, ist der substantielle, orientalische Begriff « der Familie um das eheliches Verhältnisses noch vollkommen festge- « halten. » — Troplong : *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains*. Paris, 1843, p. 23 et 312, admet de même que l'homme possédait « *un droit de propriété* sur la femme et sur ses biens, un droit de vie et de mort... » — Cf. l'article du même auteur : *Du mariage chez les Romains*, inséré dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, XXI (1844), p. 154-55. D'autres savants ont toutefois contesté que, suivant l'idée du mariage rigoureux, la femme fût considérée comme *la propriété* du mari. Quant à nous, il nous paraît probable que la *manus*, en ce qui concerne seulement la personne de la femme, était une puissance moins étendue que la *patria potestas*, d'autant plus qu'il ne paraît pas que le mari ait eu le pouvoir de vendre sa femme (ce qu'admet toutefois Gans dans ses *Scholien z. Gaius*, p. 152) ; cf. Ginoulhiac, *ut s.*, p. 59, et Laboulaye : *Histoire du droit de propriété*, p. 177 ; *Condition des femmes*, p. 31, note 3. « Nous ne voyons pas, en effet, que le mari ait jamais eu, à Rome, un droit de vie et de mort sur la femme, comme le père l'avait sur ses enfants ; la *manus* était certainement moins dure que la *patria potestas*. » Wolowski *u. s.*, p. 21 ; — Rossbach, *u. s.*, p. 18-19.

[2] Schrader, dans le *Civilistisches Magazin* de Hugo, Berlin, 1835, V, p. 147, a le premier émis l'hypothèse que le mariage rigoureux était principalement en usage chez les patriciens, et avait probablement une origine étrusque. De Fresquet : *De la manus en droit romain* (*Revue historique de droit français et étranger*, p. 142-43), combat péremptoirement cette opinion. — Rossbach, *u. s.*, p. 162-198, a soumis à une critique détaillée toutes les hypothèses de Schrader, Wächter, Hüllman, Rein, Bluntschli, etc. sur l'origine du mariage rigoureux, attribuée tantôt aux Étrusques, tantôt aux Latins, tantôt aux Sabius. Il les rejette toutes, ajoutant, p. 185 : « Wir « glauben genügend dargethan zu haben, dass die Zurückführung der « römischen Eheformen auf die verschiedenen italischen Völkerschaften, « soweit sie durch Combination und Schlüsse aus den Stellen der Alten « gestützt worden ist, keinen Anspruch auf Geltung machen kann. Die « zur Vermittelung herbeigezogenen Thatsachen beruhen theilweise auf « exegetischer Ungenauigkeit, theilweise auf einen unkritischen Verfahren; « nicht eine einzige derselben giebt einen direkten oder indirekten Schluss « für jene Hypothese. » — P. 240 : « Die Mehrheit der römischen Ehefor- « men ist nicht auffallend, sie ist nicht aus dem Zusammenflusse verschie- « dener Völker hervorgegangen, sonder das Resultat der Entwickelung, « welche in der Ehe, wie in jedem anderen Institute mit dem Umschwunge

n'était pas un être indépendant, était totalement subordonnée à son mari, et, par conséquent, incapable par elle-même d'aucun droit de propriété, ainsi que d'une participation quelconque aux biens communs.

Le mariage avec la *manus* disparut toutefois insensiblement des mœurs [1], et fit place à une union libre n'exigeant pour toute solennité que le simple consentement des époux (*mero consensu* [2]). Le mariage *per usum* fut la transition entre l'union rigoureuse et le mariage libre, car la *manus* n'existait pas où l'*usucapio* avait été interrompue. Le mariage libre amena l'entière indépendance de la femme à l'égard du mari. Elle était désormais unie à son époux pour la seule cohabitation [3], et non pour abandonner, comme dans le mariage avec la *manus*, la famille dont elle sortait, et entrer dans celle du mari. Elle restait subordonnée au *paterfamilias* de sa propre famille, ou à la tutelle de ses agnats, et ne tombait jamais sous la puissance absolue du mari. L'effet de ce mariage se trouvait donc dans une remarquable opposition avec celui du mariage rigoureux. Le mariage libre dépouillant le mari de la *manus*, celui-ci n'avait plus le moindre droit sur les biens de son épouse, ni sur les revenus de ces apports. Le mari et la femme étaient donc ici complétement séparés à l'égard de leurs biens [4]. Tandis que dans le mariage rigoureux la totalité des biens appartenait à titre exclusif au mari, le mariage libre conférait à la femme un droit de propriété particulière. Les biens des époux s'administraient séparément et dans une entière indépendance l'un de l'autre.

« der Zeiten stattfindet; ja es ist sogar gegen die historische Analogie, « annehmen zu wollen, dass die italischen Stämme principiell verschiedene « Arten der Eheschliessung gehabt hatten. »

[1] Gaius : *Comment.*, I, § 111 : « Sed hoc totum jus partim legibus su- « blatum est, partim *ipsa desuetudine obliteratum est*. »

[2] Cf. L. 8, Cod. *De repud.* (5, 17) : « *Consensu* licita matrimonia posse « contrahi... præcipimus ; » fr. 30, D. (50, 17) *De div. reg. jur.*

[3] Cf. Gans, *ut suprà*, II, p. 256.

[4] Laboulaye : *Recherches sur la condition des femmes*, p. 34, remarque avec justesse que « cette indépendance des femmes dans un Etat où elles étaient en tutelle perpétuelle, ne peut s'expliquer que par un intérêt qui évidemment n'est pas le leur; cet intérêt, supérieur à celui du mariage, c'est *l'intérêt de la famille* à laquelle la femme se rattache par la naissance ou par l'adoption.

Le mariage libre n'exigeant aucune formalité légale, mais seulement un consentement réciproque (*consensus*), frisait de bien près les limites du concubinat païen toléré par les mœurs romaines[1]; cela fit naître la nécessité d'introduire une institution nouvelle appelée, d'un côté, à remplacer les solennités auparavant en usage dans la célébration du mariage, de l'autre, à distinguer la femme mariée de la concubine[2], et à assurer à la première sa dignité de femme légitime (*matrona, uxor*). Cette institution fut la *dot* (dos) que recevait pour son propre entretien la femme légitime convolant en mariage. Originairement, la dot fut, sans aucun doute, un don libre consacré peu à peu par l'usage[3], à mesure que les mariages libres (*mero consensu*) devinrent communs et remplacèrent les unions rigoureuses. Les savants ont aussi admis, sur de bonnes raisons, que l'influence des mœurs grecques a contribué au développement de cette coutume[4]. La loi Julia (*De maritandis ordin.*) imposa enfin la dot comme une condition obligatoire[5] du mariage légal[6]. C'é-

[1] La différence entre le mariage légal et le concubinat doit avoir été bien peu sensible. Gans, *ut s.*, II, p. 265, fait observer avec raison que : « Der Unterschied zwischen dem Concubinat und der Ehe, wird mehr in « der Würde und in den Wirkungen als in der Sittlichkeit der Sache selbst « gefunden. » Cf. Troplong : *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, p. 243.

[2] Cf. Gans : *Das Erbrecht*, II, p. 279; — Ginoulhiac, *ut s.*, p. 65-67; — Laboulaye : *Recherches sur la condition des femmes*, p. 38-39 : « Chez les Romains comme chez les Grecs, la *dot* était le caractère de l'union légitime; *c'est elle qui distinguait l'épouse de la concubine.* » Troplong : *Du contrat de mariage*. Paris, 1850, I, p. LXIV, dit aussi : « La dot était même un des signes qui distinguaient les mariages solennels du concubinat; » mais il ajoute : « Non pas que la constitution de dot fût nécessaire pour le mariage; cette opinion, enseignée quelquefois, n'est pas soutenable. »

[3] La « *femina indotata* » était considérée à l'égal de la concubine.

[4] Ginoulhiac, *ut s.*, p. 85-86. — Laferrière : *Histoire du droit civil de Rome et du droit français*. Paris, 1846-58, I, p. 67 : « La *dot* proprement dite ne s'introduisit que plus tard, *sous l'influence des mœurs grecques* et lorsque le *mariage libre* devint à Rome le mode le plus usuel. » Cf. p. 214-15. Troplong, *ut s.*, I, p. XLV-VII, est toutefois d'une autre opinion, et nie que le régime dotal tire son origine de la législation grecque.

[5] Fr. 19, D. *De ritu nupt.* (23, 2) « Capite trigesimo quinto legis Juliæ, « qui liberos quos habent in potestate, injuria prohibuerint ducere uxores « vel nubere, vel qui dotem dare non volunt, ex constitutione Divorum « Severi et Antonini per proconsules præsidesque provinciarum *coguntur « in matrimonium collocare et dotare*.

[6] Fr. 3, D., *De jur. dot* (23, 3). « Ubicunque igitur matrimonii nomen

tait au père ou à l'aïeul paternel de la femme à fournir la dot[1] mais elle pouvait aussi être constituée par la femme, de ses biens propres, si la femme était *sui juris*, ou par un tiers qui n'y était toutefois pas obligé[2]. Le but de la dot étant d'aider à l'époux à pourvoir aux frais du ménage, il en résultait naturellement pour lui un droit de libre disposition. Tel était le cas dans l'ancienne Rome[3]. Mais, par suite du relâchement des mœurs qui caractérisa les derniers temps de la république, le mariage libre ne fut plus que le manteau d'une dissolution effrénée, et les divorces entre époux devinrent pour ainsi dire à l'ordre du jour. Alors on jugea nécessaire, dans l'intérêt du bien public, et pour la protection de la femme, de limiter le droit de disposition du mari sur la dot. On dût empêcher que la femme n'aventurât, après une courte cohabitation, la perte de sa dot, et ne se vît hors d'état de convoler à de nouvelles noces[4]. Les droits du mari furent, en conséquence, limités par l'obligation de restituer la dot en cas de décès ou de divorce[5]. La loi Julia lui défendit d'aliéner ou d'hypothéquer, sans le consentement de cette dernière, les *prædia dotalia* de son épouse[6]. L'empereur Justinien alla même jusqu'à l'interdiction de ces actes au mari, même avec le consentement de sa femme[7]. Le même

« non est, *nec dos est.* » § 12, *J. de nupt.* (1. 10). « Si adversus ea quæ dixi-« mus, aliqui coierint, nec vir, nec uxor, *nec nuptiæ, nec matrimonium, nec* « *dos* intelligitur. » — Cette dot fut appelée dans la suite *dot nécessaire* (dos necessaria).

[1] Elle était alors nommée *dos profectitia*. Fr. 5, pr. D., *De eod.* (23, 3). « *Profectitia dos* est, quæ a patre, vel parente profecta est de bonis vel « facto ejus; » — cf. fr. 1, § 1. D., *De eod.* Le décès de la femme survenant avant celui du mari, cette dot retournait au donateur. Ulpian., *Fragm.*, VI, 4.

[2] C'était la *dos adventitia*. Ulpiani, *Fragm.*, VI : « Dos aut *profectitia* « dicitur, id est quam pater mulieris dedit : aut *adventitia*, id est ea quæ « a quovis alio data est. » Si le donateur s'était réservé le droit de la reprendre, elle recevait alors le nom de *dos receptitia*.

[3] Laferrière, *ut s.*, I, p. 223.

[4] Fr. 2. D., *De jure dot.* (23, 3). « Reipublicæ interest mulieres *dotes* « salvas habere propter quas nubere possint. »

[5] Fr. 42. D. *De eodem* (23, 3).

[6] Gaius : *Comment.*, II, § 63. « Nam dotale prædium maritus invita mu-« liere per legem Juliam prohibetur alienare; » Fr. 4. D. *De fund. dot.* (23, 5).

[7] La raison de cette défense est donnée comme suit dans L. *Un.*, § 15,

empereur rendit en outre dans ses décrets des années 530 et 531 de notre ère, le mari responsable de la dot de sa femme par une hypothèque tacite et générale reconnue à cette dernière sur tous les biens de son époux, et garantit expressément le privilége de la femme, même sur les anciens créanciers du mari [1]. Enfin, pour procurer à la femme un avantage décisif, on statua que le mari lui constituerait une *dos propter nuptias* [2] correspondante à sa dot, donation que le mari administrait pendant le mariage, mais qu'il ne pouvait hypothéquer ni aliéner [3].

Tous les rapports ou acquêts de la femme en dehors de sa dot étaient considérés comme sa propriété exclusive (*paraphernalia bona*), sur laquelle le mari n'avait aucun droit, à moins du consentement exprès de son épouse [4]. Rien n'empêchait cependant que la dot de la femme ne comprît tous ses biens [5]. Mais si l'étendue de la dot n'était pas expressément définie, tous les biens de l'épouse étaient considérés comme extradotaux [6].

La législation justinienne établit comme règle la restitution de la dot à la dissolution du mariage. Au décès de la femme, la *dos profectitia* retournait au donateur, la *dos adventitia* (à moins qu'elle ne fût *receptitia*) aux héritiers de la femme. Mais si c'était la mort du mari qui dissolvait le mariage, la femme retenait la dot dès que cela ne se trouvait pas en opposition avec un pacte spécial ; la femme était-elle la cause du divorce, elle perdait sa dot, s'il n'en avait pas été stipulé autrement [7].

C. *De rei uxor. act.* (5, 12) : « Ne fragilitate naturæ suæ in repentinam « deducatur inopiam. »

[1] Cf. Ginoulhiac, *ut s.*, p. 106 ; P. Odier : *Traité du contrat de mariage*. Paris, 1847, III, p. 16-17.

[2] L. 20, Cod. *De donat. ante nupt.* (5, 3) ; 3-7, I, II.

[3] Cf. Ginoulhiac, *ut s.*, p. 108.

[4] L. 8, C. *De pact. convent.* (5, 14). « Hac lege decernimus, ut vir in his « rebus, quas *extra dotem* mulier habet, quas Græci *parapherna* dicunt, « *nullam uxore prohibente habeat communionem*, nec aliquam ei necessita- « tem imponat. »

[5] Fr. 72, pr. D., *De jur. dot.* (23, 3) ; L. 4, C. (5, 12), *De eod.* « Nulla « lege prohibitum est, *universa bona in dotem* marito feminam dare.

[6] Ginoulhiac, *ut s.*, p. 72 : « S'il n'y avait pas de constitution de dot, tous les biens de la femme étaient libres ou extradotaux. »

[7] Nous renvoyons à l'excellente *Histoire du régime dotal*, de M. Ginoulhiac, p. 87-113, les lecteurs qui désireraient un exposé plus étendu des nombreuses modifications subies par le régime dotal des Romains, depuis la loi *Julia* jusqu'aux *Novelles de Justinien*.

On voit clairement de ce qui précède qu'il n'existait de communauté des biens ni dans le mariage rigoureux, ni dans le mariage libre. Elle était impossible dans le premier, parce qu'elle était incompatible avec l'idée de la *manus*. Elle ne pouvait exister non plus dans le second, quoique en vertu d'une autre cause. Le mariage libre emportait pour la femme une indépendance si complète du mari, qu'une communauté quelconque n'y pouvait guère être tolérée. L'indépendance réciproque des époux devait nécessairement se manifester dans le régime de leurs biens. L'essence du mariage libre était, en outre, de pouvoir se dissoudre facilement, de la même manière qu'il avait été conclu, c'est-à-dire par un consentement mutuel pur et simple (*mero consensu*). Il était donc de toute convenance que les époux possédassent chacun leur propriété distincte, circonstance qui facilitait le divorce.

Une union d'une nature si peu sérieuse devait détruire toute moralité et préparer la ruine de la société romaine[1]. En vain avait-on cherché, par des lois telles que la célèbre loi Julia et la loi Pappia Poppæa, à rétablir la dignité primitive du mariage et à ramener la morale dans la vie du foyer domestique. Ce fut seulement avec l'introduction du christianisme que naquit la possibilité d'une réorganisation de la famille[2]. L'idée du mariage, comme base de la famille, devait être infiniment plus noble et plus pure aux yeux de la morale sublime que prêche cette religion, que pour les mœurs égoïstes d'un paganisme dépravé. Aussi les chrétiens ne considéraient-ils le mariage ni comme une simple cohabitation du mari et de la femme, impliquant pour cette dernière une complète subordination à la

[1] Laferrière, *ut s.*, II, p. 197 : « Le mariage libre, où rien ne remplaçait, à l'égard de l'épouse, la puissance paternelle absente, avait comme anéanti le véritable mariage. »

[2] Cf. Troplong : *De l'influence du christianisme*, p. 169-180 et 348 : « C'est donc du christianisme que vient le mouvement, soit dans l'ordre moral, soit dans l'ordre politique. — Or, s'il est vrai qu'une époque emprunte de l'élément qui la domine le principe de ses modifications, ne recherchons pas ailleurs que dans le christianisme la cause principale des transformations auxquelles nous venons d'assister. C'est lui qui décompose et qui crée ; c'est lui qui, à côté du dissolvant, place les éléments de réorganisation. » Voir, en outre, le même auteur : *Du contrat de mariage*, I, p. VI, et Laferrière, *ut s.*, p. 200-201.

puissance absolue (*manus*) du mari, ni comme une liaison de nature à être dissoute au bon plaisir des contractants, et dans laquelle les époux étaient indépendants l'un de l'autre. Le christianisme considérait le mariage comme conclu pour la vie, et constituant une union *personnelle* intime qui, toutefois, n'excluait pas l'indépendance individuelle de chacun des époux, mais faisait de l'homme le protecteur de la femme et le chef de la famille. L'effet de cette idée relevée du mariage se manifeste déjà dans la législation justinienne. Le régime des biens entre époux repose en général sur les mêmes bases que dans le mariage libre, mais on donne à la femme les plus grandes garanties possibles pour la prémunir contre une mauvaise administration de sa dot de la part du mari. Le principe du régime dotal de Justinien est, pour cette cause, la séparation absolue de la fortune des époux, afin de protéger la femme contre des pertes éventuelles. Ce régime dotal a régné, non-seulement dans l'Europe méridionale, mais encore dans tous les pays où le droit romain a été adopté par la coutume. Nous reviendrons plus tard sur ce point.

Le droit canonique a adopté l'essentiel du régime dotal des Romains, quoiqu'il prescrive plus explicitement encore la constitution d'une dot comme une condition obligatoire de la validité du mariage[1]. Le but de cette constitution de dot était, sans doute, de donner au mariage la publicité nécessaire à sa dignité[2]. L'Eglise se croyait aussi dans l'obligation de maintenir par son autorité une coutume propre, à plusieurs égards, à protéger les intérêts de la femme.

K. D'OLIVECRONA,
Professeur de droit à l'Université royale d'Upsal,
chevalier de l'ordre royal de l'Etoile polaire.

(*La suite au prochain numéro.*)

[1] La prescription de la dot par le *Droit canonique* est prouvée par les *Décrétales* de Gratien, *Can.* 6, *Caussa* XXX, qu. 5 : « *Nullum sine dote* « *fiat conjugium*; juxta possibilitatem fiat dos; » *Can.* 4, *Caussa* XXX, qu. 5 : « Qualis debeat uxor esse, quæ habenda est secundum legem, « virgo casta et desponsata in virginitate, et *dotata legitime*, etc. »

[2] Cf. Gans : *Das Erbrecht*, III, p. 102.

BIBLIOGRAPHIE.

Histoire de l'autorité paternelle en France, ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques, par MARIE-PAUL BERNARD, docteur en droit, substitut du procureur général à Amiens, membre correspondant de l'Académie de législation de Toulouse, 1 vol. in-8. Paris, Durand, 1864. Prix : 2 francs.

Le droit dans la famille, études de droit national et de droit positif, par ALPHONSE BOISTEL, docteur en droit, licencié ès lettres, bachelier ès sciences, avocat à la Cour impériale de Paris, 1 vol. in-8. Paris, Durand, 1864. Prix : 6 francs.

Voici deux livres dissemblables par le titre, présentant des mérites divers, différant entre eux par le plan, la méthode, les principes et les conclusions, et qui cependant, écrits sur le même sujet, accusent l'un et l'autre de très-louables tendances. Ils portent tous les deux une dédicace semblable. Comme M. Bernard, M. Boistel a dédié son livre à son père et à sa mère. Il ne pouvait guère en être autrement : deux bons fils, écrivant sur les rapports des pères et mères avec leurs enfants, devaient faire de leur œuvre un hommage spécial à ceux qui leur ont donné le jour.

L'ouvrage de M. Bernard est dû à un concours académique. Il y a quelques années, l'Académie des sciences morales et politiques avait proposé pour sujet de prix de morale la question suivante : « Indiquer ce qu'était autrefois parmi nous l'autorité paternelle ; exposer les modifications qu'elle a subies, et, en constatant ce qu'elle est devenue, faire connaître avec des détails suffisants de quelle manière aujourd'hui elle s'exerce et quels résultats elle produit. » Celui des six mémoires envoyés au concours qui, dans la séance du 18 mai 1861, fut jugé digne du prix, avait pour auteur M. Bernard, qui le livre aujourd'hui au public, après l'avoir modifié sur quelques points et l'avoir mis au courant de ce qui a été publié en ces derniers temps sur les questions qui y sont traitées.

M. Bernard s'est fidèlement conformé au programme tracé par l'Académie, et il l'a longuement rempli. Si on peut lui reprocher un peu de prolixité et quelques redites, on doit le louer

le n'avoir rien omis d'important. Son livre est un vaste tableau également recommandable pour l'heureux agencement du sujet et pour l'abondance des détails. Il sera désormais indispensable à consulter pour l'étude des nombreuses questions de législation et de morale se rattachant aux relations qui naissent entre les hommes du fait de la vie donnée et reçue par la génération.

Ce livre se divise en trois parties, précédées d'une introduction dans laquelle est établi le « fondement de l'autorité paternelle suivant le droit naturel. » Après avoir constaté que cette autorité remonte à l'origine du monde, que, si on a discuté ses limites, on n'a jamais mis en doute sa légitimité, l'auteur la montre reposant sur l'intérêt de l'enfant, qui veut un pouvoir de protection, et sur la tendresse des parents, qui les rend plus aptes que toute autre personne à diriger celui qui leur doit la vie.

La première partie traite des origines de l'autorité paternelle dans le droit français. L'auteur y passe successivement en revue le droit gaulois, le droit romain et gallo-romain, le droit de l'époque franque, tel qu'il résulte des lois barbares, des formules et des capitulaires, le droit coutumier, et enfin la législation intermédiaire. Il examine avec soin, dans ces divers ensembles de règles, non-seulement les rapports d'autorité et de subordination, mais encore les rapports successoraux, qui, dans une mesure importante, servent de sanction à l'autorité des parents. Il se fait remarquer, en général, par la sûreté de son exposition et la justesse de ses appréciations. On pourrait cependant lui reprocher de ne pas assez indiquer les sources, les textes originaux. En ce qui touche l'exposé du droit romain, je relèverai comme empreints d'inexactitude deux passages qui, d'ailleurs, se rapportent à des points accessoires. A la page 34, notre auteur dit, en faisant allusion à l'émancipation : « Le père était obligé de vendre l'enfant, de le soustraire à sa *manus*, afin qu'il ne fût pas héritier sien. » Ce n'est point là la vraie terminologie romaine, qui réserve l'expression de *manus* au pouvoir que le mari acquiert sur sa femme, non par le seul fait du mariage, mais par l'un des trois modes appelés *confarreatio*, *coemptio*, *usus*. A Rome, la puissance paternelle ne s'est jamais appelée autrement que *potestas*, et l'on voit Gaïus distinguer avec soin la personne *in potestate*, c'est-à-dire l'enfant né de justes

noces ou adopté, de la personne *in manu*, c'est-à-dire de la femme acquise par l'un des trois modes qui viennent d'être rappelés : *Earum personarum quæ alieno juri subjectæ sunt, aliæ in potestate, aliæ in manu, aliæ in mancipio sunt* [1].

Ce vice de terminologie est reproduit dans le passage suivant qui appelle une autre critique : « Dans l'ancienne Rome, les femmes avaient voulu se soustraire à la puissance maritale par le mariage libre. La condition des enfants participait du caractère de cette union ; ils ne tombaient pas sous la *manus* du père ; mais lorsque le concubinat eut envahi toutes les classes de la société comme institution légale, il fallut songer à régulariser l'état des enfants... [2]. » Il y a plus d'une confusion dans ce peu de lignes. Est-il besoin de démontrer qu'en droit romain autre chose était le mariage libre, autre chose le concubinat ; qu'il y avait mariage libre, mais légitime mariage, alors que n'intervenait aucun des trois modes destinés à produire la *manus?* Ce n'est pas la femme qui, à Rome, a créé le concubinat, car elle y perdait beaucoup, sans y rien gagner. Elle y perdait son rang de *matrona*, la considération due à l'épouse légitime ; elle était frappée dans ses enfants, qui naissaient sans vocation à la succession paternelle ; elle pouvait être abandonnée ou renvoyée par caprice, sans même avoir la faible garantie de la formalité du *repudium*. Elle n'avait rien à gagner à n'être que concubine, puisque, épouse, elle pouvait éviter la *manus* en se refusant, soit à la *confarreatio*, soit à la *coemptio*, et en interrompant l'*usus* par le *trinoctium*. C'est donc autrement qu'il faut expliquer l'apparition de cette union inférieure ; c'est à l'homme, non à la femme, qu'il faut la reprocher. Elle naquit de la décadence du mariage chez les Romains à la fin de la république et au commencement de l'empire. Grâce à l'extension inouïe qu'avait prise l'industrie des captateurs de testaments, qui réservaient leurs prévenances pour les célibataires, le célibat était devenu, pour les hommes égoïstes qui composaient cette société corrompue, une condition sociale bien supérieure au mariage. Il faut voir la vive peinture des désavantages de l'un et des agréments de l'autre dans le *Satyricon* de Pétronne, où Rome

[1] Gaii, *Inst.*, comm. I, § 49.
[2] P. 38.

est dépeinte sous le nom de Crotonne. *In hac urbe nemo liberos tollit, quia, quisquis liberos habet, nec ad cœnas, nec ad spectacula admittitur, sed omnibus prohibetur commodis, inter ignominiosos latitat. Qui vero nec uxores unquam duxerunt, nec proximas necessitudines habent, ad summos honores perveniunt, id est, soli militares, soli fortissimi, soli etiam innocentes habentur.* (*Satyricon*, cap. 116.) C'est en raison de ce dégoût du mariage qu'on vit se produire une union qui, donnant à l'homme moins une compagne qu'un instrument de plaisir, et ne lui donnant pas d'héritiers siens, lui permettait d'allécher les captateurs par l'espoir de la succession.

L'exposé des règles de la législation actuelle relatives à l'autorité paternelle forme la deuxième partie de l'ouvrage, qui est de beaucoup la plus courte des trois. Comme l'auteur n'écrivait ni un commentaire ni un traité de droit, il a dû se borner à donner de ces règles un résumé substantiel et précis. Il n'avait pas à approfondir les controverses doctrinales, mais à coordonner les prescriptions de la loi se rattachant à son sujet, à les expliquer brièvement, et à indiquer les principales solutions de la jurisprudence.

La troisième partie forme à elle seule plus de la moitié du livre. Elle est consacrée aux « résultats produits par la législation sur l'autorité paternelle » et aux « améliorations qu'on pourrait apporter à la loi. » Depuis que notre Code existe, les accusations ne lui ont pas manqué pour la manière dont il a organisé la puissance paternelle. Les *laudatores temporis acti* ont opposé ce que, suivant eux, elle est aujourd'hui à ce qu'elle était autrefois. Ils ont dépeint son état présent sous les plus sombres couleurs ; et, comme remède à la décadence actuelle, ils ont proposé de revenir à un passé qu'ils ont exalté beaucoup sans le bien faire connaître, peut-être sans le bien connaître eux-mêmes. M. Bernard a répondu victorieusement à ces détracteurs. « Jetons [1], dit-il, un regard en arrière, parcourons rapidement le tableau des derniers siècles pour les rapprocher du nôtre, et, si l'illusion ne nous fait pas errer, nous reconnaîtrons que la puissance paternelle est constituée actuellement mieux qu'elle ne l'a jamais été ; qu'elle repose sur les notions

[1] P. 228.

les plus pures et les plus fécondes du droit naturel ; que le mal a toujours régné dans la famille comme dans la société, et qu'il faut l'attribuer à nos passions plutôt qu'à l'insuffisance de la loi ; qu'enfin celle-ci produirait les meilleurs résultats si chaque père de famille voulait faire respecter son autorité, et consacrait à l'éducation de ses enfants la sollicitude que la nature et la loi lui imposent comme un devoir sacré. » Ce qu'il énonce ainsi, l'auteur le prouve en passant en revue ce qu'était la puissance paternelle non-seulement dans la loi, mais dans les mœurs, au seizième, au dix-septième, au dix-huitième siècle. Les regrets du passé qui se sont produits de nos jours, il nous les montre formulés dès le seizième siècle par Bodin, qui réclamait le rétablissement du droit de vie et de mort comme attribut de la puissance paternelle. A part ce droit monstrueux, ce ne fut certes pas le pouvoir qui manqua aux pères pendant les trois derniers siècles de notre monarchie : le mariage forcé du grand Condé, les nombreuses et longues captivités de Mirabeau en sont la preuve. L'affaiblissement des affections de famille dont on se plaignait dès lors eut pour cause non une insubordination reprochable aux enfants, mais une sévérité excessive qui éteignait en eux la tendresse. Quant à nos mœurs actuelles, M. Bernard est loin de les trouver aussi lamentables que quelques-uns le disent. « Nos mœurs, si l'on en excepte quelques grandes villes où la débauche s'est installée en souveraine, valent au moins celles de nos ancêtres, et la famille trouve dans la tendresse une vie très-puissante. Son cercle est plus restreint, mais l'amour est d'autant plus énergique que ses trésors ne sont pas disséminés. Le principe d'autorité n'est plus aussi fort que par le passé : qu'importe, si nous sommes plus près de la nature ! La tendresse, lorsqu'elle est unie à une direction vigilante et persuasive, est une douce enchanteresse qui réalise plus de prodiges que la contrainte [1]. »

De sa double étude du passé et du présent notre auteur conclut que le système du Code Napoléon sur la puissance paternelle est bon, qu'il n'y a pas de changement radical à y faire, seulement quelques améliorations de détail à y apporter. Sans doute une réforme profonde est nécessaire dans la famille mo-

[1] P. 329.

derne pour la rapprocher de cet idéal auquel les sociétés humaines doivent tendre sans cesse ; mais c'est aux mœurs et non pas à la loi qu'il faut la demander. Le vrai remède est donc l'éducation : telle est la conclusion dernière que M. Bernard emprunte au beau livre de M. Jules Simon, *le Devoir*.

Le livre de M. Boistel se divise en deux parties dans lesquelles le sujet est traité, d'abord au point de vue du droit rationnel, puis au point de vue du droit positif. La première partie n'est pas une simple introduction, une préface de la seconde. Comprenant elle-même une introduction et trois livres qui se subdivisent en chapitres, sections et paragraphes, elle pourrait au besoin former un ouvrage séparé. C'est là, ce semble, une tendance excellente. Sauf de rares exceptions, le droit rationnel n'occupe pas dans les écrits juridiques la place qui lui appartient. Quelques principes sommairement énoncés dans une introduction ou indiqués accessoirement dans le corps de l'ouvrage, et c'est tout. Aussi qu'arrive-t-il ? Pendant que les origines et les précédents juridiques sont de jour en jour mieux connus, grâce au développement des travaux historiques, pendant que l'interprétation de la loi en vigueur va en se perfectionnant, grâce à l'effort combiné du commentaire doctrinal et de la jurisprudence, la vraie science du droit, celle qui, au lieu de s'asservir à la loi écrite, la domine et enseigne à la faire, cette science demeure à peu près stationnaire. Après les excellents travaux de pure interprétation parus de nos jours, il semble qu'il y a pour les jurisconsultes modernes une autre et plus large voie à suivre, celle où M. Boistel est entré. La législation actuelle une fois bien élucidée, tâchons de l'améliorer, et pour cela, approfondissons les principes rationnels, livrons-nous à l'étude de ces lois qui sont, suivant la belle expression de Montesquieu, les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses.

Le titre du livre de M. Boistel est trop large, et comprend plus que son sujet. Le mot famille a deux sens : dans l'un, il embrasse un ensemble de personnes unies par les liens d'une parenté même éloignée ; dans l'autre, il se restreint aux personnes entre lesquelles existe une parenté très-proche, qui vivent ou ont vécu sous le même toit, au groupe du père, de la mère et des enfants. Ainsi restreinte, la famille comprend deux

éléments, deux ordres de rapports très-différents : ceux du père et de la mère entre eux, formant la société conjugale ; ceux du père et de la mère avec leurs enfants, et réciproquement, formant une société qu'on peut appeler avec M. Boistel société paternelle, ou mieux, avec Rosmini, société parentale. Il semble donc qu'un livre intitulé « Du droit dans la famille » doive traiter de ces deux sociétés. Et cependant notre auteur ne traite que des rapports de droit entre les pères et mères et leurs enfants. Encore, parmi ces rapports néglige-t-il presque complétement ceux de succession pour s'en tenir à ceux d'autorité et de subordination.

En outre, comme il n'y a d'autre famille à ses yeux que la famille légitime, il n'a pas voulu traiter dans son ouvrage des rapports des pères et mères avec leurs enfants non issus du mariage et non légitimés. Cette exclusion ne saurait être approuvée, et il est fâcheux que l'auteur semble avoir voulu mettre la famille illégitime hors la loi. La famille illégitime est un fait qui s'impose au législateur ; la filiation hors mariage produit des rapports de droit que celui-ci ne doit pas méconnaître, sauf à établir certaines déchéances destinées à maintenir l'institution du mariage. Aussi le Code Napoléon traite-t-il dans un même titre de la puissance des pères et mères sur leurs enfants légitimes, et de cette même puissance sur les enfants illégitimes, établissant des règles communes et des règles différentes pour les deux situations. En se montrant rigoriste, M. Boistel nous a donné la portion la plus importante d'un traité sur la puissance paternelle, mais il nous a pas donné ce traité tout entier.

Dans la partie philosophique de son ouvrage, notre auteur a pris pour guide un écrivain italien de nos jours, Antonio Rosmini-Serbati, dont le nom serait resté presque entièrement ignoré en France, sans un travail que M. Ferrari a publié sur lui en 1844, dans la *Revue des Deux Mondes*. Rosmini, auteur très-fécond, a fait paraître un grand nombre d'écrits qui eurent, dans son pays et pendant le second quart de ce siècle, un notable retentissement. Prêtre catholique, et quoique adversaire des Jésuites, zélateur de la théocratie papale, il a écrit une volumineuse philosophie du droit, ouvrage rempli de doctrines qui ne sont plus de notre temps, mais dans lequel on trouve

l'ingéniosité italienne et la subtilité du théologien unies à une vaste érudition et à une clarté d'exposition toute française. Il fait reposer la science du droit, non sur des fondements rationnels, mais sur des données théologiques, subordonnant la société civile et la société domestique à la société théocratique. Pour lui la puissance paternelle dérive de deux titres, c'est-à-dire soit du fait de l'occupation, soit de celui de la génération. Le premier fait lui sert à expliquer à sa guise l'adoption, la tutelle, la curatelle. En vertu du second, l'enfant appartient au père comme l'œuvre au fabricateur, et même à plus forte raison, car le père qui fournit une portion de sa propre substance pour la formation du produit est plus qu'un simple fabricateur. Il faut vraiment rapporter les propres paroles de l'écrivain italien pour ne point paraître exagérer.

« È ammesso generalmente da tutti che l'autore di una cosa (l'abbiamo veduto) sia anche il padrone della medesima... Nella generazione interviene anche qualche cosa di più che nelle altre umane produzioni; perocchè i genitori compongono il loro figliuolo, almeno in quanto alla fisica sua sostanza e al principio animale, colla sostanza loro propria e colla propria animalità.

Une autorité dont l'origine est ainsi expliquée n'est pas pour le père le moyen de remplir un devoir, mais une prérogative existant dans son propre intérêt. De là il suit que la société parentale ou familiale est fondée, non sur des droits et des devoirs réciproques, mais sur la volonté du père. Sur cette base est construite une théorie de la puissance paternelle fort semblable à celle du droit romain. L'enfant, ne s'appartenant pas à lui-même, ne peut rien avoir qui lui appartienne en propre à l'encontre du père : de là pour celui-ci un véritable droit de copropriété sur les biens acquis par l'enfant, droit qui le rend même propriétaire absolu, tandis que l'enfant n'est que propriétaire relatif. De ce que la puissance paternelle a la même origine que la propriété des choses, il suit qu'elle est d'une semblable nature, qu'elle ne comporte ni contrôle ni limites, pas plus dans son mode d'exercice que dans sa durée. Comment en effet lui fixer un terme sans démentir son origine ? L'enfant n'est-il pas toujours une production du père? *La ragione di questa superiorità ed autorità permanente di lui si è che il figliuolo, in virtù della*

generazione, è sempre una produzione del padre. Ainsi, c'est un droit absolu qui appartient au père, parce que celui-ci, procédant avec une intention raisonnée à l'acte de la génération, a voulu qu'il existât; et les seuls tempéraments qu'on puisse établir dans l'intérêt de l'enfant sont des considérations morales, des conseils adressés au père, des appels à ses bons sentiments.

Tel est, en substance, le système reproduit et développé par M. Boistel dans la première partie de son livre. Dans son admiration pour Rosmini, il va jusqu'à lui décerner la qualification de grand philosophe, oubliant sans doute que la servitude, condamnée comme contre nature par les jurisconsultes de la Rome non chrétienne, est justifiée par cet écrivain catholique du dix-neuvième siècle comme résultant légitimement de la soumission volontaire. M. Boistel, très-certainement, n'est pas un défenseur de l'esclavage. Il ne veut pas davantage de la puissance paternelle de l'ancienne Rome, qu'il réprouve en termes énergiques. Et cependant la théorie romaine n'est que le développement logique de l'idée fondamentale de Rosmini : admettant le principe, on ne peut que par la contradiction échapper aux conséquences. Aussi M. Boistel se contredit-il en plus d'un endroit, et je l'en félicite. Après avoir, en étudiant son sujet *à priori*, admis la théorie rosminienne dans toute sa crudité, étudiant ensuite les « rapports de la famille et de la société au point de vue politique et utilitaire » et les règles de notre législation positive sur la puissance paternelle, il finit par reconnaître que le droit du père sur les biens de l'enfant doit se restreindre à un simple usufruit, que le pouvoir social a un droit de contrôle sur l'exercice de l'autorité paternelle, et que la subordination juridique de l'enfant doit cesser à un certain âge pour faire place à de simples obligations morales fondées sur la gratitude et le respect.

Traitant de la puissance paternelle au point de vue du droit positif, M. Boistel expose successivement les règles du droit romain, et celles du droit français actuel sur ce sujet. Le droit de l'ancienne France a été par lui, sinon complétement négligé, du moins effleuré à peine, et n'est dans son livre que l'objet de quelques *aperçus*. Peut-être l'étude plus attentive du *mundium* et du droit de garde, qui sont la vraie source historique de la puissance paternelle actuelle, eût-elle évité à notre auteur des-

appréciations qui paraissent peu fondées ou empreintes d'exagération. C'est ainsi que, dans le passage suivant, il semble méconnaître le caractère de la maxime coutumière qui forme la 37e règle du livre Ier des *Institutes* de Loysel : « Malheureusement le principe germain sur la puissance paternelle se développa seul dans les pays coutumiers ; l'autorité des pères se trouva presque anéantie, et la règle célèbre « puissance paternelle n'a lieu » est le triste héritage que nous avons recueilli de nos ancêtres germains. » Il faudrait s'entendre cependant. Pour l'organisation de la puissance paternelle, il n'y a, sauf des variantes de détail, que deux systèmes possibles, le système romain et le système français. Le premier repoussé, et avec raison, pourquoi critiquer si amèrement le second?

A la différence de l'ancien droit français, le droit romain est traité par M. Boistel d'une manière beaucoup plus approfondie que par M. Bernard. Les règles de la législation actuelle sur la puissance paternelle sont aussi exposées avec plus de développements dans cet ouvrage que dans celui qui a été analysé en premier lieu. Cette différence s'explique : le premier est avant tout une œuvre de publiciste et de moraliste ; le second est un traité juridique, où les considérations morales et législatives ne peuvent occuper qu'une place secondaire. M. Boistel, dans cette partie de son livre, mérite d'être loué pour la bonne disposition des matières, la clarté de l'exposition, et, en général, la sûreté de ses décisions dans les questions controuvées. Il est toutefois un reproche qui doit lui être adressé. Dans la partie philosophique de son ouvrage il cite, outre Rosmini, un petit nombre d'auteurs, tels que Grotius, Puffendorf, Achenwall. Dans la seconde, il ne cite que des textes, et aucune œuvre de doctrine. Il semble, en le lisant, que personne avant lui n'ait écrit sur la même matière, ni en droit romain, ni en droit français. Je sais bien qu'il est facile d'abuser des citations, de multiplier outre mesure les notes au bas des pages ; mais, entre la surabondance et la pénurie, il y a un milieu à tenir, un choix judicieux à faire. Il est bon, au moins dans les questions douteuses, d'indiquer les principales autorités à l'appui. Il est bon surtout d'indiquer celles que l'on combat, sans quoi l'on semble s'escrimer contre un ennemi imaginaire. Par exemple, notre auteur examine la question de savoir quel était, en droit romain, le rôle du tribu-

nal de famille par rapport à l'exercice du droit correctionnel du père, question traitée déjà dans un travail qu'un éminent jurisconsulte, M. de Fresquet, a inséré dans cette revue même[1]. M. Boistel reprend un à un tous les textes apportés par M. de Fresquet; il réfute ses arguments avec une certaine vivacité; il va même, par un procédé de style que la discussion autorise, jusqu'à l'interpeller directement; mais il ne le nomme pas, et il n'indique nullement le travail que je viens de citer. En ce qui touche plus spécialement le droit actuel, il est à regretter aussi que l'auteur n'ait fait aucune mention de la jurisprudence, oubliant que, suivant la belle expression de Bacon, les arrêts sont les ancres des lois, et qu'il est bon, tout au moins, de connaître les principales décisions judiciaires sur les principales questions controversées.

Il y aurait à faire, à propos des deux ouvrages dont il vient d'être rendu compte, une double et très-intéressante étude. Quel est, en droit naturel, le véritable fondement, quelle est la véritable nature de l'autorité paternelle? Etant reconnu que le système de la loi française actuelle est, dans ses traits principaux, conforme aux données rationnelles, quelles sont les améliorations de détail qu'il serait bon d'y introduire? Les développements que comporterait l'examen de ces deux grandes questions dépasseraient les bornes d'un simple article bibliographique. Je dirai cependant quelques mots de la première, parce que le vrai fondement rationnel de la puissance paternelle me semble avoir été complétement méconnu par M. Boistel et imparfaitement mis en lumière par M. Bernard.

Le droit, considéré comme science ou ensemble de préceptes, repose sur la morale; et il n'y a qu'une vraie morale, celle du devoir. L'homme n'a des droits que parce qu'il a des devoirs. La liberté humaine n'est si respectable qu'à ce titre, parce que c'est un devoir pour l'homme d'employer son activité à remplir la mission que Dieu lui a donnée en le créant, et que sa conscience lui révèle. C'est parce que la liberté est le moyen d'accomplir nos devoirs qu'elle est inaliénable, et que nos pères ont écrit cette grande maxime en tête de la déclaration des droits de 1791 :

[1] Du Tribunal de famille chez les Romains, *Revue historique*, t. I, p. 125 et suiv.

« Les hommes naissent et demeurent libres. » L'autorité des père et mère ne peut donc être un droit que si elle se rattache à un devoir, comme le moyen à la fin. Telle est la base solide que Kant et M. Jules Barni, son commentateur, ont donné à la puissance paternelle. « Comme le fruit de l'union de l'homme et de la femme n'est point une pure chose mais une personne, et comme la naissance de cette personne n'est pas le fait de sa libre volonté, mais celui de la volonté de ses parents, il suit qu'en venant au monde l'enfant a le droit d'attendre de ses parents, non-seulement qu'ils ne le détruisent pas ou ne l'abandonnent pas au hasard, ainsi qu'ils pourraient le faire d'une œuvre mécanique ou d'une chose indifférente, mais qu'ils fassent tout ce qui dépend d'eux pour lui rendre aussi agréable et aussi facile que possible l'existence qu'ils lui ont donné sans son consentement. De là donc, avec le droit de l'enfant à l'égard de ses parents, le devoir des parents vis-à-vis de leur enfant. De ce devoir ils tirent à leur tour un droit : celui de diriger et de former leur enfant, tant sous le rapport utile que sous le rapport moral. Ce droit, qui implique celui de commander, cesse dès que l'enfant a atteint l'âge où l'homme est naturellement en état de se diriger soi-même, c'est-à-dire à l'âge de la majorité. » Voilà la véritable théorie de la puissance paternelle, fondée sur l'idée du devoir qu'il importait d'opposer à celle de Rosmini.

LOUIS AMIABLE.

De la transmission entre vifs de la propriété foncière en droit romain, dans l'ancien droit, et dans le droit actuel, thèse pour le doctorat, par M. L. DE FONTAINE DE RESBECQ, 1864. Durand, in-8°. Prix : 2 francs.

M. L. de Fontaine de Resbecq, qui porte un nom distingué dans les lettres, continue la tradition paternelle dans la science du droit. Il vient de soutenir une thèse qui, après l'épreuve subie avec honneur devant ses juges naturels, reste, pour ce juge d'appel qui est le public, un travail utile et approfondi.

Le sujet qu'il a choisi est intéressant à plus d'un point de vue. La transmission entre vifs de la propriété foncière se rattache à

[1] M. Jules Barni, *Introduction à la doctrine du droit de Kant*. Paris, Durand, 1854. P. 45.

l'histoire des peuples par un lien étroit, et il est curieux de suivre à travers les temps les différents modes qu'elle a affectés.

A Rome elle était soumise d'abord à ces formes solennelles, qui sont comme le cachet du vieux droit romain. C'étaient la *mancipatio*, la *cessio in jure*, auxquelles il fallait avoir recours. Plus tard, elle se dégage quelque peu de ces sortes de rites incommodes, mais elle ne s'accomplit encore que par la tradition.

Avec le moyen âge reparaissent pour un temps les formes pour ainsi dire sacrées ; mais bientôt, avec le droit coutumier, la tradition leur succède encore.

Jusque-là le principe est toujours le même : la convention ne peut pas, par sa propre force, faire passer la propriété d'une personne à une autre ; elle ne peut créer que l'obligation de livrer la chose ; la tradition, tout au moins, est nécessaire pour accomplir la translation de propriété. Mais voici que sous notre ancien droit s'introduit un procédé ingénieux qui supprime la tradition réelle sans rompre ouvertement avec l'usage. On emploie la clause dite de *dessaisine-saisine*, qui contient une sorte de tradition fictive. Cette clause finit par passer en coutume dans les contrats et par devenir de style.

Tel était l'état de la transmission entre vifs de la propriété foncière quand le Code Napoléon fut rédigé. Ses rédacteurs étaient trop spiritualistes pour ne pas adopter les principes sur lesquels il reposait. Pour eux, c'est le consentement des parties qui opère la translation de la propriété. Toutefois, ils ne se sont pas complétement affranchis des souvenirs du vieux droit, et le consentement est encore, à leurs yeux, une sorte de tradition. C'est ainsi que le projet de l'article 938, sur l'effet de la donation, portait : « La propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition *que celle qui résulte du consentement.* » Ces derniers mots ont été retranchés de la rédaction définitive, comme formant un pléonasme. « Il s'opère par le contrat, disait encore M. Portalis, sur la vente une sorte de tradition civile qui consomme le transport des droits, et qui nous donne action pour forcer la tradition réelle. » On pourrait citer d'autres passages qui montrent qu'en dispensant de la tradition matérielle les législateurs voulaient maintenir en principe une tradition fictive. Quoi qu'il en soit, le Code Napoléon a consacré l'immatérialité des contrats en

donnant à la convention la force et le pouvoir de transférer la propriété entre les parties contractantes.

Mais c'est entre elles seules que cet effet est produit. A l'égard des tiers il n'en est pas de même. « Il faut, dit M. de Resbecq, tenir compte des exigences légitimes du crédit public ; il faut protéger les tiers contre des aliénations, des démembrements demeurés occultes. » Jusqu'à l'édit de 1673, la publicité était inconnue en cette matière. Encore dût-il être bientôt retiré Cependant l'idée qu'il proclamait ne devait pas tomber dans l'oubli. On voit les coutumes de nantissement exiger la révélation des actes constituant l'état de la propriété foncière. La loi du 11 brumaire an VII prescrit la transcription au bureau de la conservation des hypothèque des actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèque, et déclare qu'à défaut de cette transcription ils ne pourront être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur, le donateur ou l'échangiste, et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente loi. Le Code Napoléon conserve la transcription pour les donations, mais il ne s'explique pas sur les transmissions à titre onéreux. Enfin, la loi du 23 mars 1855 dispose que tout acte entre vifs translatif de propriété immobilière doit être transcrit au bureau des hypothèques, et que, jusqu'à la transcription, les droits résultant de ces actes ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble. et qui les ont conservés en se conformant aux lois. On a dit avec raison que cette loi fixait l'état civil des immeubles. Quelles que soient les critiques qu'on a pu lui adresser, nous croyons qu'elle concilie les droits de chacun, et qu'elle ne blesse aucun intérêt respectable. On voit par les vicissitudes à travers lesquelles a passé la législation de la transmission entre vifs de la propriété foncière, que ce sujet est digne d'attirer l'attention de la science.

PAUL CHARPENTIER,
Substitut du procureur impérial à Châlons-sur-Marne.

Code pénal, par M. H. ELOY, docteur en droit, substitut du procureur impérial à Louviers. 1865, Durand, in-8°. Prix : 6 francs.

Le Code pénal de 1810, modifié par les lois générales des 28 avril 1832 et 18 avril-13 mai 1863, ne présente qu'une partie de notre législation criminelle. Un grand nombre de disposi-

tions particulières ont singulièrement élargi le cercle de la pénalité ; elles occupent une grande place dans la pratique, il est donc nécessaire de les avoir sous la main. M. H. Eloy, déjà connu par des travaux juridiques fort estimés, vient de publier à la librairie A. Durand ce qu'il appelle très-justement un *Code d'audience*. Dans la première partie du livre, on trouve le Code pénal aves toutes les lois qui en ont modifié le texte ; rien de plus commode à lire que ce Code pénal : tout y est net et parfaitement distribué, rien n'est omis, lois anciennes, nouvelles, décrets, constitutions. Ainsi, par exemple, sous le chapitre II, intitulé *Crimes et délits contre la Constitution*, l'auteur, après avoir copié les articles mêmes du Code pénal, transcrit un décret du 2 février 1852, édictant certaines dispositions pénales concernant l'élection des députés au Corps législatif. Jusqu'ici, on trouvait ce décret dans des recueils spéciaux plus ou moins volumineux, ou bien dans des annexes du Code pénal, il fallait feuilleter, compulser, ou bien porter avec soi ces annexes. De même encore, sous la rubrique *Blessures et coups volontaires non qualifiés meurtre, etc.*, l'auteur groupe une série de dispositions que, dans les autres éditions, on cherche vainement. Que d'heures précieuses, souvent perdues ! Telle loi existe, où est-elle ? On cherche, on demande, et l'on s'impatiente de ne pas trouver asser vite. Prenez le Code pénal de M. Éloy, et vous gagnerez du temps.

La seconde partie renferme des dispositions législatives spéciales ; ici encore, M. Eloy a rendu un véritable service aux magistrats, aux avocats, à tous ceux qui, à un titre quelconque s'occupent de législation criminelle. Autrefois l'on était obligé de recourir à des recueils où les lois sont rangées par ordre chronologique, ou à des codes généraux trop volumineux ; désormais on n'a qu'à prendre le Code d'audience, et l'on est mis au courant de toutes les lois qui nous régissent, sans aucune exception. Il y a deux tables, l'une chronologique, l'autre alphabétique. Je ne connais rien de plus commode que les tables alphabétiques. Le succès d'un tel recueil est assuré ; l'auteur, trop modeste, l'appelle une compilation ; qu'il me permette au moins de dire que la compilation est heureuse.

LÉONCE DE FONTAINE DE RESBECQ,
Docteur en droit.

Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil, par M. SERRIGNY, professeur de droit administratif à la Faculté de Dijon ; 2e édition, 3 vol. in-8°. Paris, Durand, 1865. Prix : 24 francs.

Vingt-cinq ans se sont écoulés depuis la première édition de cet ouvrage et nous n'avons pas à en faire connaître le mérite. De tous nos traités de droit administratif, c'est un des plus pratiques et des mieux ordonnés. C'est en même temps un des plus philosophiques, dans la bonne acception du mot. L'auteur ne se borne pas à juxtaposer des textes et des espèces, il sait généraliser et remonter aux principes, sans pourtant se perdre dans la métaphysique. Ce sont là de grandes qualités qui ont fait le succès de la première édition et qui feront sans nul doute celui de la seconde.

Il est assurément inutile d'analyser un livre qui, depuis longtemps, fait autorité. Nous nous bornerons à présenter quelques observations qu'une lecture rapide nous a suggérées.

Ce qui frappe tout d'abord, c'est la mobilité de notre droit administratif. L'auteur en fait lui-même la remarque. Pour mettre la seconde édition au courant de la législation et de la jurisprudence, il a fallu refondre presque entièrement le premier travail. Sans doute les lois administratives ont, par la nature même des choses, moins de stabilité que les lois civiles. Il faut aussi faire une large part aux révolutions, qui bouleversent le système politique et réagissent sur les institutions. Mais le mal tient à d'autres causes. Les lois administratives sont faites au jour le jour ; on modifie les détails, en tâtonnant, sans se préoccuper de l'ensemble. Il en résulte un tout assez incohérent. Certaines dispositions datent de l'ancien régime ; d'autres remontent à l'Assemblée constituante ou au premier Empire ; d'autres encore sont nées sous la monarchie constitutionnelle. On comprend qu'il n'est pas toujours facile de les coordonner. M. Serrigny ne veut pas de Code administratif, et il a bien raison ; mais ne pourrait-on pas du moins mettre un peu d'ordre dans ce chaos ? Par exemple, les communes et les établissements publics ne peuvent plaider sans autorisation, mais les formes et les effets de cette autorisation sont loin d'être les mêmes dans tous les cas. Les communes, les hospices et les bureaux de bien-

faisance ont besoin d'une autorisation pour chaque degré de juridiction, tandis que les fabriques et les consistoires peuvent se contenter d'une autorisation générale. Il est évident que cette anomalie disparaîtrait si l'on se décidait à faire une loi sur les autorisations de plaider. M. Serrigny demande lui-même qu'on efface les incohérences de la législation qui régit la voirie. Nous nous joignons à lui bien volontiers pour exprimer le même vœu.

M. Serrigny est grand partisan de la justice administrative. Il la connaît trop bien pour ne pas lui rendre complétement justice. Mais ne va-t-il pas trop loin quand il considère la constitution actuelle du Conseil d'Etat comme une conséquence nécessaire du principe de la séparation des pouvoirs? Sans attacher plus d'importance qu'il ne convient à l'inamovibilité et à la juridiction propre, il est permis de penser que ces garanties ne sont pas absolument incompatibles avec un gouvernement bien ordonné. C'est une tendance naturelle, surtout chez les jurisconsultes, de conclure de l'existence à la nécessité d'une institution. La conclusion n'est pas légitime et l'expérience dément souvent les affirmations de la logique. M. Serrigny ne fait-il pas lui-même une concession qui détruit le principe quand il regrette comme nous la suppression du tribunal des conflits? On sait très-bien, d'ailleurs, que l'esprit de M. Serrigny ne manque ni d'élévation, ni d'indépendance, mais nous croyons qu'il est plus dans le vrai quand il demande le rétablissement de la responsabilité ministérielle, et la restriction de la garantie administrative aux préfets, aux sous-préfets et aux maires.

L'indépendance de l'auteur se manifeste particulièrement dans les critiques parfois un peu vives qu'il adresse à la jurisprudence du Conseil d'Etat. Il est malheureusement vrai que le Conseil d'Etat a souvent fait fausse route. Il a lui-même reconnu son erreur en revenant sur ses pas. M. Serrigny a donc raison de ne pas jurer sur la parole du maître, mais peut-être se hâte-t-il un peu trop de protester. Souvent même la divergence d'opinion est plus apparente que réelle. La faute en est sans doute à la rédaction concise, parfois énigmatique, des arrêts du Conseil; mais c'est une raison de plus pour y regarder à deux fois avant de crier à l'erreur. Est-il bien vrai, par exemple, que le Conseil d'Etat ait violé les principes les plus élémentaires du droit quand il a annulé la clause par laquelle une

commune vendant un immeuble déclarait subordonner la validité de la vente à l'approbation du préfet? Sans doute il est permis de vendre sous condition suspensive, mais il s'agit de savoir si dans l'espèce la condition imposée n'est pas contraire à l'ordre public en ce qu'elle arrive indirectement à faire annuler un contrat civil par un fonctionnaire administratif. Ce système peut au moins se défendre, et on s'étonne de le voir combattu à outrance par un auteur qui défend énergiquement le principe de la séparation des pouvoirs.

Nous ne pouvons nous empêcher de signaler, en terminant, deux erreurs. Ce sont des détails d'une importance minime, mais dans un si long ouvrage, sur un sujet aussi compliqué, il est à peu près impossible de ne pas laisser échapper quelques inexactitudes, et M. Serrigny lui-même nous saura gré de les signaler. Il répète, d'après Isambert et plusieurs historiens modernes, que les intendants, ces préfets de l'ancien régime, ont été créés par un édit de 1635 ; il est bien démontré aujourd'hui que cet édit n'existe pas, et que la création des intendants s'est faite sans bruit par des commissions individuelles. M. Serrigny dit ailleurs que les commissaires du gouvernement près le Conseil d'Etat au contentieux ne sont nommés que pour un an, et il trouve cette mesure utile en ce qu'elle permet de ne garder dans ces fonctions que ceux qui font preuve de capacité. La vérité est que la nomination d'un commissaire du gouvernement est toujours pure et simple. La durée de ses fonctions n'est limitée ni en fait ni en droit.

Nous aurions bien encore à dire un mot sur les avocats au Conseil, mais nous ne voulons pas insister sur une critique qui pourrait paraître intéressée. Nous aimons mieux terminer en remerciant de nouveau M. Serrigny de n'avoir pas reculé devant l'immense labeur d'une édition nouvelle. Cette fois encore il a bien mérité de la science.

R. Dareste.

Englisches Privatrecht (Droit privé anglais), par M. Gundermann, avocat du roi à Munich, t. Ier. Tubingen, Laupp, 1864.

Nous avons plus d'une fois signalé dans cette *Revue* les difficultés que présente l'étude de la législation anglaise. Le livre

qui sert de base à toutes les études de droit en Angleterre est l'ouvrage de Blackstone, remanié par Stephen. Il est à peu près inintelligible pour un jurisconsulte du continent, tant les idées anglaises sont différentes des nôtres. Comment comprendre, par exemple, que les Anglais considèrent le droit du fermier sur la terre louée comme une propriété mobilière (*moveable property*) ? et que, sans distinction de droits réels ou personnels, ils regardent comme des espèces d'un même genre les droits du propriétaire, de l'usufruitier, du fermier et du locataire ? Tout cela sans doute peut s'expliquer, mais l'explication exige une grande variété de connaissances qu'il est rare de réunir.

M. Gundermann a entrepris de faire connaître en Allemagne le *Droit privé anglais*. Le premier volume que nous avons sous les yeux contient l'histoire des sources et la théorie des droits de saisine et de propriété, ainsi que des actions réelles. L'auteur a vu l'Angleterre. Il a fait une étude approfondie du droit anglais comparé au droit germanique. Est-il parvenu à donner une idée nette et exacte de cette étrange législation ? Nous ne le croyons pas ; mais son travail n'en est pas moins digne d'une sérieuse attention. Tout en péchant, selon nous, par excès d'érudition et de curiosité archéologique, il fournit cependant d'excellents matériaux et d'utiles observations, et quoique la lecture en soit difficile, il peut être consulté avec fruit, même en France, car l'étude du droit anglais est encore plus arriérée chez nous que chez nos voisins. Il est vrai que Blackstone a été traduit plusieurs fois en français, mais la première traduction remonte à près d'un siècle, et la dernière à plus de quarante ans. Ces livres ne sont plus que de l'histoire, et cependant c'est encore à cette source unique que nos publicistes et nos jurisconsultes vont puiser.

R. Dareste.

LETTRE A M. DE ROZIÈRE

SUR LE CONCUBINAT CHEZ LES ROMAINS.

Il y avait une fois un roi très-bon et très-magnifique. Les fées, paraît-il, l'avaient doué, à sa naissance, de toutes les qualités de l'esprit et du cœur. Sa bienveillance et sa délicatesse étaient infinies. Il avait fait de ses palais, fort nombreux, comme des caravansérails où il recevait volontiers les voyageurs et où il s'efforçait de les retenir en leur affirmant qu'il avait besoin d'eux. Il prêtait constamment aux pauvres, leur recommandant de ne pas le rembourser trop vite, parce qu'alors, disait-il, il cesserait d'être leur obligé. Aucuns se conformaient à sa recommandation. Il admettait en sa présence tous ceux qui désiraient lui parler, idéologues, socialistes ou autres. Il les laissait dire jusqu'au bout avec une patience infatigable. L'histoire rapporte même qu'il les écoutait.

Vous êtes, monsieur, comme ce roi sans prototype et sans pair. Je vous ai demandé un jour de vouloir bien accorder dans la *Revue historique du droit* une place à mes élucubrations, et cette Revue m'a été gracieusement ouverte. Vous m'avez *reproché* depuis « de vous délaisser; » mes lettres, mes causeries, mes excentricités « vous intéressent! »

A vos risques, monsieur. Vous êtes pris au mot. Causons, puisque vous le voulez bien. Causons du *concubinat*, de ses caractères, de ses conséquences. J'ai sur cette matière des idées à moi, qui ont au moins le mérite de l'originalité, et que peut-être vous jugerez dignes de considération.

Par un procédé dont je dispose, je les ai d'ailleurs soumises déjà à un contrôle des plus sérieux. Un de mes élèves particuliers, M. Morillot, les a présentées et soutenues devant la Faculté de droit avec un vif éclat; et il m'est permis de penser que l'argumentation brillante de ce jeune docteur n'a pas seule assuré le succès de mes paradoxes.

Quelles qu'aient été les origines du peuple romain, il est un

fait incontestable, c'est que toujours, même aux époques les plus reculées, on le trouve vivant dans la monogamie. Il est par suite peu libéral et peu tolérant pour les enfants naturels, que, dès les temps les plus anciens, il désigne par l'expression de *vulgo quæsiti*. Mais il ne faut pas conclure, de cette réprobation dont ils frappaient les enfants naturels, à la rigoureuse chasteté des premiers Romains. Les bâtards ne manquaient pas à Rome : Romulus et Rémus n'ont pas de père certain ; lorsqu'une Rhéa Sylvia conçoit d'un inconnu, de moindres qu'elle peuvent n'avoir pas plus de scrupules.

Le berceau de Rome est un nid de bandits ; or, la pudeur et la chasteté ne sont point vertus de brigands. Le libertinage dut fleurir parmi les anciens Romains, et la lubricité de grossiers vainqueurs put aisément se satisfaire sur les captives enlevées dans les expéditions, et sur les filles des peuples soumis.

La population romaine se divisait en deux grandes classes : celle des patriciens et celle des plébéiens. Les patriciens, ce sont les conquérants ; à eux seuls les fonctions publiques et sacerdotales, à eux les honneurs et le pouvoir. La classe des plébéiens, formée des étrangers auxquels on avait accordé asile et des prisonniers de guerre qu'on avait affranchis, est en butte au mépris et à l'arrogance patricienne. Pour eux les dignités ne sont point faites ; entre eux et les membres de la classe supérieure une ligne profonde de démarcation. Les deux classes ne se mêleront pas; une patricienne pourrait-elle être la compagne d'un plébéien? Une plébéienne oserait-elle élever ses prétentions jusqu'à partager comme *uxor* la couche du patricien ? N'était-ce pas déjà assez d'honneur pour elle que d'attirer l'attention d'un membre de l'aristocratie, et de se sacrifier au caprice du personnage?

Il dut cependant arriver quelquefois qu'un patricien, réellement épris d'une femme que la loi et le respect humain lui défendaient d'épouser, entretînt avec elle des relations suivies. Il lui donnait ainsi une marque particulière de considération, une preuve d'estime véritable. Ne pouvant l'épouser, au moins ne la déshonorait-il pas. C'est là évidemment l'origine du concubinat.

Jamais la concubine tirée des rangs inférieurs de la société romaine ne fut honorée, mais jamais non plus cette même con-

cubine ne fut ni déconsidérée, ni méprisée. Comment en effet l'opinion publique eût-elle flétri une femme qui, ne pouvant devenir l'épouse d'un homme, qu'elle aimait d'ailleurs et dont elle était aimée, consentait à devenir sa concubine, et refusait de n'être qu'un instrument de plaisirs passagers?

Quelle put être juridiquement la condition des concubines sous les rois? C'est ce que je n'aurais pas la prétention de décider. Nul ne le sait, et nul sans doute ne le saura jamais, à moins que, par impossible, on ne vienne à découvrir quelque part l'ouvrage de Papirius.

Ce que fut cette condition, aux termes de la loi des Douze Tables, on ne le sait pas davantage. Seulement cette loi ne supprimait pas la prohibition du mariage entre les plébéiens et les patriciens; ces derniers durent donc continuer à prendre comme concubines les filles plébéiennes.

Quand, dix ans après la promulgation de l'œuvre décemvirale, le tribun Canuleïus eut fait admettre le *connubium* entre les deux classes, le mariage ne prit point pour cela la place du concubinat. Loin de là, les patriciens, humiliés d'avoir dû céder à la pression de la *plebs*, se retranchèrent de plus en plus dans leur orgueil. Aux barrières que la loi nouvelle venait de renverser, leur vanité substitua des obstacles non moins infranchissables. Ils se firent un devoir de conserver leur race pure de toute souillure, d'éviter *les accouplements monstrueux* que Canuleïus peut-être avait rêvés. Il n'y eut point de mésalliances: le triomphe des plébéiens fut illusoire et leur droit nominal.

Au reste, il continua d'être défendu aux ingénus d'épouser des affranchies, et réciproquement. C'est ce qui résulte d'un passage de Tite-Live. Cet auteur nous apprend que le sénat, pour récompenser Hispala Fecenia du service qu'elle avait rendu à la république en dévoilant au consul Posthumius ce qui se passait dans les mystères de Bacchus, l'autorisa à épouser un homme de condition libre, sans que ce mariage pût nuire en aucune façon à celui qui l'épouserait (Tit.-Liv., liv. IX, ch. XIX). Or Hispala Fecenia était une affranchie. Le maintien d'une seule prohibition suffirait pour expliquer et justifier la persistance du concubinat.

Vers la fin de la république, les mœurs romaines étaient arrivées à un état de dépravation telle, qu'il en résultait un

véritable péril pour la société. La plus hideuse débauche avait envahi toutes les classes, et s'il y avait eu un prix à décerner à l'immoralité, César eût pu le disputer à Antoine (Suétone, *Vie de César*, ch. XLIX, L, LI et LII) : les hommes de tous les partis à Rome n'avaient sur ce point rien à se reprocher. Le libertinage le plus éhonté avait remplacé partout les unions honnêtes ; on ne se mariait plus, ou, si on le faisait, ce n'était que pour divorcer au plus vite ; les femmes comptaient les années, non par le nombre des consuls, mais par celui de leurs maris ; aussi Juvénal peut-il dire sans être taxé d'invraisemblance :

> Sic crescit numerus, sic fiunt octo mariti
> Quinque per autumnos : titulo res digna sepulcri.

Ces habitudes dissolues, cette instabilité dans les unions avaient eu pour effet d'amener une décroissance rapide de la population : il n'y a de sûrement prolifiques que les unions permanentes. A cette cause de dépopulation, ajoutez les guerres interminables de la république romaine, ses luttes intestines, les effroyables guerres serviles, les proscriptions et les massacres, et vous ne vous étonnerez pas des appréhensions que causait à cette époque la décroissance de la population romaine. Devenu empereur, Auguste, comprenant le danger, voulut y remédier. C'est dans ce but qu'il fit porter la loi Julia *De maritandis ordinibus* et la loi Papia Poppœa.

La loi Julia parut la première ; ce ne fut que cinq ans plus tard, en 762, au dire d'Heineccius, que fut votée la loi Papia. Presque toutes les dispositions de la première de ces lois passèrent dans la seconde ; c'est pour cela que les jurisconsultes les désignent, comme si elles ne faisaient qu'une, sous le nom de *Lex Julia et Papia*. On les appelle quelquefois aussi tout simplement *Leges* ; et, en effet, après la loi des Douze Tables, elles sont le monument le plus important du droit romain. Ces deux lois sont assurément l'œuvre d'Auguste : tout doute à cet égard tomberait devant l'affirmation de Tacite. « Auguste, dit-il, avait imaginé la loi Papia, dans sa vieillesse, pour augmenter les peines contre le célibat, et les revenus du fisc. » (Tacite, *Annales*, liv. III, ch. XXV.)

Moins rigoureux et moins passionné que Tacite dans l'appréciation des mobiles d'Auguste, nous n'hésitons pas à dire que

le but de l'empereur fut surtout de pousser les citoyens à contracter des unions stables, permanentes et par suite prolifiques. A la vérité, il mit tout en jeu pour arriver à ses fins. Sachant que les purs préceptes de la morale restent sans effet sur des hommes dépravés, il prit les Romains par leur intérêt. Ces lois frappaient les *cœlibes* et les *orbi*. Elles déclaraient le célibataire incapable de rien recevoir par testament. Tout *cœlebs* avait, du reste, cent jours *ab apertis tabulis* pour contracter mariage, et de la sorte échapper aux incapacités résultant du célibat. On considérait comme *cœlebs* toute femme qui, âgée de vingt ans, n'était pas mariée. Si son mariage venait à se dissoudre, elle devait en contracter un nouveau. La loi Julia lui accordait cependant un délai de six mois pour convoler à d'autres noces, quand c'était par le divorce que la première union avait cessé, et d'un an quand c'était par la mort du mari. La loi Papia Poppœa prorogea d'un an chacun de ces délais. La nécessité pour les femmes d'être mariées cessait lorsqu'elles avaient atteint cinquante ans. L'homme dès qu'il était âgé de vingt-cinq ans, et tant qu'il n'avait pas atteint sa soixantième année, était également tenu de se marier (Ulpien, *Reg.*, tit. XIV, § 1; tit. XVI, § 1). Il n'y avait point pour les hommes, après la dissolution de leur mariage, un délai pendant lequel, sans être mariés, ils pussent n'être pas considérés comme *cœlibes*.

L'*orbus* est la personne qui n'a pas d'enfants; il pouvait recueillir la moitié des dispositions faites à son profit.

Non-seulement la loi punissait le *cœlebs* et l'*orbus*, mais elle récompensait, à leur détriment, les personnes mariées qui avaient des enfants. Juvénal, dans une de ses satires intitulée *Cinœdi et Pathici*, fait allusion à cette disposition de la loi.

> Nullum ergo meritum est, ingrate ac perfide, nullum,
> Quod tibi filiolus vel filia nascitur ex me?
> Tollis enim, et libris actorum spargere gaudes
> Argumenta viri. Foribus suspende coronas,
> Jam pater es. Dedimus quod famæ opponere possis :
> Jura parentis habes, propter me scriberis heres,
> Legatum omne capis, nec non et dulce caducum.
> Commoda præterea jungentur multa caducis,
> Si numerum, si tres implevero.

En effet, les parts enlevées aux célibataires et aux *orbi* (les

caduques, comme on les appelle) étaient attribuées en principe au fisc, mais on lui préférait les personnes mariées et ayant des enfants, que le testateur avait accolées au *cœlebs* ou à l'*orbus* dans sa disposition; à défaut de ces personnes, les héritiers mariés qui avaient des enfants, et à défaut d'héritiers ayant des enfants, les légataires, qui n'étaient ni *cœlibes* ni *orbi*. Aux *patres* seuls, comme on le voit, appartenait le droit de réclamer les parts caduques, le *jus caduca vindicandi* (Gaïus, *Comm.* II, §§ 206 et 207). Sous Antonin Caracalla, la réserve faite à leur profit fut supprimée; cet empereur décida que les *caduca* iraient toujours au fisc. Toutefois, les descendants du défunt et ceux de ses ascendants qui ne se trouvaient pas à plus de trois degrés de lui, prenaient les parts caduques, à l'exclusion des personnes que nous avons énumérées plus haut; car, en ce qui touche les descendants et les ascendants jusqu'au troisième degré, la loi Papia Poppœa avait conservé les anciens principes: elle leur avait reconnu le *jus antiquum in caducis* (Ulpien, *Reg.*, tit. XVIII).

Quant aux autres avantages attachés à la paternité, auxquels Juvénal fait allusion, je me réserve d'en parler plus loin.

L'interdiction du mariage entre ingénus et affranchis fut supprimée par la loi Julia. Néanmoins il continua d'être défendu aux citoyens de l'ordre sénatorial d'épouser des affranchies, des comédiennes, des personnes dont le père ou la mère avait exercé le métier de comédien, et des prostituées. La loi défendait encore aux ingénus d'épouser une entremetteuse, une affranchie d'entremetteur ou d'entremetteuse, une femme surprise en adultère, une personne condamnée dans une instance publique, une comédienne, enfin, au dire de Mauricien, une femme condamnée par le sénat.

Quelques sénateurs, se fondant sur ce que la loi ne s'expliquait pas spécialement à leur égard en ce qui concerne certaines femmes, eurent sans doute la prétention d'épouser des personnes avec lesquelles d'autres ingénus n'eussent pu se marier, une personne, par exemple, condamnée à la suite d'une action publique. En raisonnant comme ils le faisaient, ils auraient pu prétendre qu'il leur était loisible d'épouser une de ces femmes qu'en langage honnête on appelle entremetteuses, ou quelque autre de condition aussi ignoble, pourvu qu'elle ne fût pas af-

franchie. M. de Savigny pense même que telles furent en effet leurs prétentions, et que les jurisconsultes durent en déclarer l'inanité (*Traité de droit romain*, t. II, append. 7). Si cela fut, la question dut alors être résolue sans grands efforts, car les ingénus ne pouvaient pas épouser certaines femmes, et les sénateurs étaient au moins des ingénus. Quoi qu'il en soit, le sénat se prononça certainement d'une manière formelle pour proclamer l'impossibilité du mariage entre un sénateur et une femme *judicio publico damnata* (fragm. 43, § 10, *De ritu nupt.*, Dig.).

Il ne serait peut-être pas déplacé d'entrer actuellement dans quelques détails sur les prohibitions que les lois Julia et Papia avaient consacrées quant au mariage soit des sénateurs, soit des ingénus. Il est défendu à ces derniers d'épouser la femme qui se prostitue ; il n'y a pas à distinguer si elle vend ou donne ses faveurs, si elle se livre dans un lieu public ou dans un lieu particulier, il suffit que ses relations avec des hommes aient lieu sans choix, *passim*, *sine delectu*, comme dit Ulpien. Les ingénus ne peuvent non plus épouser des entremetteuses, et, notons-le, la loi n'excuse pas les femmes qui ont été entraînées par la misère à embrasser la profession de *meretrix* ou de *lena;* elle place d'ailleurs sur la même ligne celles qui exercent encore et celles qui ont exercé autrefois ce métier honteux. On assimilait aux courtisanes les affranchies d'un entremetteur ou d'une entremetteuse. On tenait, non sans raison, leur immoralité pour certaine. Il est encore défendu aux ingénus d'épouser les femmes qui ont été surprises en adultère, ou celles qui sont ou ont été comédiennes, enfin celles qui ont subi une condamnation publique. Le sénat, ainsi que nous l'avons vu plus haut, avait dû, par une disposition formelle, expliquer que cette dernière prohibition s'appliquait aussi aux sénateurs. En règle générale, il était du reste inadmissible qu'un sénateur ou ses enfants eussent pu épouser les personnes avec lesquelles il était défendu aux ingénus de s'allier. Mais à eux, à leurs enfants et à leurs descendants, il était spécialement interdit par la loi Julia de prendre comme *uxor* soit une affranchie, soit une personne qui avait exercé, ou dont le père ou la mère avait exercé le métier de comédien. Une femme appartenant à l'ordre sénatorial n'aurait pu non plus épouser un affranchi, ou un homme ayant été, ou dont les parents auraient été comédiens.

Vous le voyez, les entraves au mariage étaient encore fort nombreuses, et on pourrait s'étonner qu'Auguste ait sanctionné un état de chose si contraire à son but. Mais il faut tenir compte de la position où il se trouvait : il avait en face de lui le préjugé ; pour la classe sénatoriale, les plébéiens n'avaient pas cessé d'être une race inférieure, et leurs succès multipliés étaient loin d'avoir abattu l'orgueil des patriciens. Ceux-ci mettaient dans leur dédain d'autant plus de persistance et d'affectation qu'ils voyaient s'effacer davantage la primitive inégalité. Assimiler complétement la classe sénatoriale à la *plebs*, permettre à une affranchie d'aspirer à devenir la bru, la femme ou la mère de sénateurs, eût été une entreprise impolitique, téméraire, qui eût à jamais ulcéré la caste sénatoriale. Quel que fût son désir d'amener des unions stables à se produire, l'empereur dut éviter de froisser la classe supérieure ; et les prohibitions spéciales qu'il eut soin de maintenir, en ce qui concernait les sénateurs, leur laissèrent la douce opinion qu'ils n'avaient pas cessé d'être d'un autre limon que le reste de leurs concitoyens.

Auguste aurait-il au moins pu permettre aux simples ingénus d'épouser toute espèce de femmes? Pas davantage. Lui qui affectait de flétrir et de réprimer la débauche, qui se posait en protecteur de la famille, qui promettait de lui rendre la considération à laquelle elle a droit, il ne pouvait pas admettre au sein de la famille régénérée des femmes qui en sont les ennemis les plus dangereux ; il ne pouvait pas honorer du titre d'*uxores* celles que les lois, la coutume et les mœurs marquaient au sceau de l'infamie.

Ces raisons suffirent bien à faire maintenir dans la loi les prohibitions que nous avons énumérées. Mais il pouvait arriver qu'un membre de l'ordre sénatorial eût une affection sincère pour une affranchie, un ingénu pour une femme de condition misérable, et qu'ils préférassent ne pas se marier plutôt que de cesser des relations qui leur étaient chères. Ils allaient se trouver sous le coup des peines portées par les lois Julia et Papia Poppœa contre les célibataires ; et pourtant la régularité et la fixité de leurs relations en assuraient la fécondité. L'ingénieux empereur trouva un moyen de tout concilier : il fit du concubinat une union légale, parallèle mais inférieure au mariage.

Il permit de prendre pour concubines toutes les femmes que les lois Julia et Papia défendaient de prendre pour épouses. C'était, au dire d'Heineccius, dans le quatrième chapitre de la loi Papia Poppœa qu'il était question du concubinat.

Avant les lois caducaires, le concubinat n'étant pas reconnu par la loi, la concubine ne se distinguait pas, légalement du moins, de la *pellex* et de l'*amica*. Les rapports qu'on pouvait avoir avec elle étaient ou un *stuprum*, ou une simple *fornicatio*, suivant qu'on s'était adressé à une femme honnête, ou à une de ces femmes avec lesquelles, vu leur dégradation, on ne commettait pas de *stuprum*. Mais il n'en fut plus ainsi lorsque le concubinat eut été manifestement reconnu par la loi. Les dénominations de *concubinatus* et de *concubina* furent prises dans un sens honnête ; les relations qu'un homme eut avec sa concubine ne constituèrent plus un *stuprum*, elles formèrent une union légale, non furtive, une sorte de mariage reconnu par la loi, productive d'effets civils, quoique n'entraînant pas indivisibilité de position. La concubine était placée par le droit civil immédiatement après l'*uxor ;* les relations qu'on avait avec elle constituaient une hémigamie (ἡμίγαμος), un mariage inégal, que l'on pourrait peut-être assimiler au mariage morganatique pratiqué en Allemagne, surtout dans les pays qui suivent la confession d'Augsbourg.

Rien de déshonnête, ni d'infamant dans l'état de concubine ; seulement, comme en général l'homme prenait une concubine dans une classe inférieure à la sienne, et ne l'élevait pas jusqu'à lui, on avait naturellement pour cette femme une considération moindre que pour l'*uxor*. Des rigoristes trouvaient peut-être qu'elle eût mieux fait d'épouser un homme de son rang ; mais on ne la méprisait pas pour avoir agi comme elle l'avait fait, et même le léger blâme que nous venons d'indiquer n'atteignait pas toutes les concubines, ainsi que nous le verrons bientôt.

La concubine est une femme avec laquelle vit un homme comme si c'était une *uxor*, mais qui cependant n'obtient pas toute la considération qu'un mari accorde à son épouse légitime. Comme une *uxor*, elle habite le domicile conjugal, elle préside à l'intérieur de la maison, mais au dehors l'assimilation n'a plus lieu. La concubine ne partage jamais ni les honneurs, ni les dignités de l'homme avec lequel elle vit.

Cujas, après avoir qualifié la concubine de *semi-nupta*, affirme que, dans les inscriptions antiques, elle est appelée *vice conjux* (Cujas, tit. I, *De sponsal.*, et tit. XXVI, *De concub.*).

Puisque le concubinat est une union légale, quoique d'un ordre secondaire, nous sommes fondé à croire qu'il produisait quelques effets civils ; et tout d'abord nous remarquerons que les enfants issus du concubinat n'étaient pas confondus avec les enfants issus d'unions défendues : ils n'étaient pas des *spurii*, des enfants sans père (*sine patre*), ils avaient un père certain. Nés *secundum legem*, reconnus par les lois Julia et Papia Poppœa, ils étaient *legitimi*. Et c'est cette qualification de *legitimi* qu'ils auront jusqu'au jour où Constantin ouvrira la réaction contre le concubinat. Alors ils ne seront pas encore, comme ils le furent plus tard sous Léon, le produit d'une union illicite et défendue ; mais, issus d'une union à peine tolérée à ce moment, on ne les qualifiera plus de *legitimi*. Ils ne seront plus que de purs enfants naturels, *naturales liberi*, à peine susceptibles d'être légitimés.

Hotman (Opera, t. I, *Disput. de spur. et legitimat.*, ch. II) prétend néanmoins que l'expression de *spurii* embrasse même les enfants issus du concubinat. Sa raison, c'est que dans les fragments 2 et 4 du titre VIII, livre XXXVIII au Digeste, la possession de biens *unde cognati* est accordée aux *spurii* ; or, à quel titre l'accorder aux enfants issus du concubinat, si le mot *spurii* ne désigne pas aussi ces enfants ? Cela nous paraît mal conclu. Le fragment de Gaïus dont s'empare Hotman dit tout bonnement que, grâce à la bienveillance du préteur, les *vulgo quæsiti* peuvent obtenir la possession de biens *unde cognati* (Dig., fragm. 2, tit. VIII, liv. XXXVIII). Ils ne sont pas exclus de la succession de leurs cognats par le malheur de leur naissance : voilà tout ce que dit Gaïus, et ce qu'il était important que l'on sût ; mais nous mettrions au défi de trouver dans ses expressions rien qui révèle une application du mot *spurii* aux enfants nés du concubinat. Quant à cette affirmation d'Hotman que si on ne leur applique pas le nom de *spurii*, ils ne pourront pas venir à la *bonorum possessio*, elle est plus que hasardée. La *cognatio* s'établit par les femmes ; les enfants issus du concubinat sont cognats entre eux et avec leur mère, personne n'en doute ; ils ont donc la *bonorum possessio unde cognati*. Le silence gardé par Gaïus à leur sujet donnerait plutôt lieu de penser

qu'on ne songeait pas à la possibilité d'une distinction entre eux et les enfants issus de justes noces, quand il s'agissait de *cognatio*. Si la loi a cru devoir catégoriquement s'expliquer relativement aux *spurii*, c'est probablement que la honte de leur naissance devait permettre quelques doutes.

Quant au fragment d'Ulpien (Dig., fragm. 4, *Unde cogn.*), invoqué également par Hotman, il ne dit rien de plus, rien de moins que celui de Gaïus, et, par suite, l'observation que je viens de faire s'y applique également.

Un point bien autrement délicat, bien autrement intéressant, et qui réclame toute notre attention, car de la manière dont il sera résolu dépend l'opinion qu'on doit se faire du concubinat, c'est si les enfants issus de cette union procuraient à leurs parents les avantages attachés par le droit romain à la procréation légale.

Je dois dire tout d'abord que, parmi les commentateurs qui ont jusqu'à ce jour plus ou moins courtement écrit sur le concubinat, je n'en connais aucun qui ait soutenu l'affirmative ; le plus grand nombre a laissé de côté la question. Ceux qui l'ont examinée la résolvent négativement, et presque tous, sans paraître croire la controverse possible. Ils font de leur solution un principe, et, sinon un axiome, du moins un article de foi.

Heineccius affirme que le concubinat ne mettait pas à l'abri des peines prononcées contre les *cœlibes* et les *orbi*. A l'entendre, presque tous ceux qui avaient déjà des enfants d'un mariage légitime actuellement dissous, auraient pris des concubines pour ne donner à leurs enfants ni marâtres, ni cohéritiers (Heineccius, Comm. *Ad leg. Pap. Popp.*, ch. IV).

Cette explication du concubinat me satisfait peu. Si l'homme n'a pas atteint l'âge où il lui est permis de ne pas être marié, la concubine qu'il prend ne le soustrait pas, dans le système d'Heineccius, aux incapacités qui atteignent le *cœlebs* ; et, s'il est arrivé à l'âge où il peut sans inconvénient rester dégagé de tout lien légal, pourquoi s'associe-t-il une femme de condition infime, lui qui, toujours d'après Heineccius, tremble à l'idée de donner une marâtre à ses enfants? Une affranchie, une prostituée sera-t-elle moins dangereuse qu'une femme dont il eût été possible de faire une *uxor*? Heineccius s'est dit, peut-être, qu'une jeune femme de condition honorable ne consentirait pas à lier

son existence à celle d'un vieillard. Soit. Mais la fille de basse condition, qui aura fait le sacrifice de sa jeunesse, ne voudra-t-elle point se le faire payer, au grand dommage de ces héritiers légitimes, dont l'intérêt semblait si touchant à leur père? Ses actes d'avidité n'auront-ils pas même leur justification dans l'incapacité à laquelle elle se soumet en ne contractant pas de justes noces, qui seules, toujours d'après Heineccius, soustraient aux peines portées contre le célibat? Au fond, dans le système du professeur de Halle, le concubinat serait une institution destinée à satisfaire la lubricité des vieillards ; et c'est à de pareilles fins qu'aurait tendu la morale du neveu de César.

Un autre partisan de l'opinion d'après laquelle le concubinat ne produirait pas de conséquences juridiques, Lauterbach (liv. XXV, tit. VII, Dig., *Comm.*), formule la proposition suivante : « Ceux qui vivent en concubinat ne jouissent en rien des droits attachés à la qualité d'époux. » A l'appui, deux textes du Digeste : le premier est le *principium* du fragment 17 du titre II, livre XXV. « Si concubina res amoverit, dit Ulpien, hoc jure utimur, ut furti teneatur. »

De ce qu'on n'a pas pour la concubine tous les ménagements que l'on a pour l'*uxor*, conclure, comme le fait Lauterbach, qu'on ne reconnaissait point aux personnes unies en concubinat les avantages dont les lois Julia et Papia privent exclusivement les *cœlibes* et les *orbi*, est une hardiesse de dialectique vraiment vertigineuse. Qu'était l'*actio rerum amotarum?* Une exception faite à la règle générale en faveur des *justæ nuptiæ*. Il n'avait point paru convenable que l'homme exerçât l'action infamante de vol contre celle qu'il avait élevée jusqu'à lui, dont il avait fait son égale, en un mot, contre l'*uxor*. On avait imaginé le tempérament de l'*actio rerum amotarum*, qui sauvegardait la dignité du mari lui-même, et la considération accordée au mariage.

A l'égard de la concubine, tirée des rangs inférieurs de la société, toujours maintenue par l'homme qui se l'attachait dans un état d'infériorité relative, on n'avait pas senti le besoin de pareils ménagements. Les détournements dont elle était coupable conservaient la dénomination de vol. La concubine sera donc soumise à l'*actio furti*. Elle est une voleuse. D'accord ! Est-ce à dire qu'elle soit une *cœlebs* et une *orba?*

Le second texte, invoqué par Lauterbach, est le fragment 31, *princ.*, du titre *De donationibus*. « Donationes in concubinam collatas non posse revocari convenit. » Voilà ce que dit Papinien.

Ainsi, c'est chose entendue : les donations faites à la concubine sont valables et même irrévocables. On ne trouve pas mauvais que l'homme assure à la mère de ses enfants, à la femme dévouée souvent, obscure toujours, presque inévitablement pauvre, avec laquelle il a longtemps vécu, une existence convenable : cela est juste et humain. L'homme peut donc faire des libéralités à celle qui est sa concubine. La concubine pourrait en faire aussi, chose sans doute plus rare, à l'homme dont elle est la compagne. Les donations sont possibles entre personnes vivant en concubinat, elles ne le sont pas entre époux. On redoute l'influence que peut exercer sur les déterminations d'une personne l'être qui a vécu avec elle dans une parfaite indivisibilité de condition ; on ne craint pas en général (peut-être est-ce trop de sécurité) la pression d'une concubine sur un homme qui l'a spontanément laissée dans une position inférieure, lorsqu'il pouvait l'épouser, ou l'a nécessairement tenue en médiocre considération, par préjugé de naissance, quand il lui était interdit de la prendre comme *uxor* et de se mésallier avec elle. Encore bien moins redoute-t-on la captation de l'homme envers une femme qui n'a probablement rien.

Après cela, le beau raisonnement que celui de Lauterbach : une *uxor* ne peut recevoir entre vifs des donations de son époux, l'époux ne peut rien recevoir de son *uxor;* au contraire, les libéralités faites à la concubine par son conjoint, et celles faites à celui-ci par sa concubine sont valables ; or les époux ne sont pas *cœlibes*, et quand ils ont des enfants ne sont pas *orbi ;* donc la concubine et son conjoint sont nécessairement *cœlibes* et *orbi !*

Pour résoudre la question qu'Heineccius et Lauterbach ont traitée si sommairement, il est bon de distinguer entre les divers avantages attachés à la procréation légale. C'est ce que ne manquent pas de faire les auteurs modernes. Ces avantages peuvent, selon nous, se ramener à trois catégories principales : le *jus liberorum*, le *jus capiendi ex testamento* et le *jus caduca vindicandi*.

Aux hommes, le *jus liberorum* procurait une remise d'âge pour les *honores*. Aulu-Gelle (*Nuits attiques*, liv. II, ch. v), nous

apprend que, d'après la loi Julia, celui des deux consuls qui avait le plus d'enfants pouvait se faire précéder des faisceaux avant son collègue. Le *jus liberorum* procurait aussi l'exemption de certaines charges publiques. Il dispensait de la nécessité d'être *judex*, au dire de Papinien ; il fournissait une cause suffisante d'excuse pour la tutelle ; ainsi le citoyen qui avait trois enfants à Rome, celui qui en avait quatre en Italie, et celui qui en avait cinq dans les provinces, pouvait se dispenser d'accepter la tutelle; du reste, les enfants adoptifs ne comptaient pas à l'adoptant : ils comptaient à leur père naturel (*Vatic. Fragm.*, §§ 191, 192, 194 et 196). En principe, un affranchi riche d'au moins cent mille sesterces devait, à sa mort, laisser une partie de ses biens à son patron ; mais s'il avait trois enfants, toute sa fortune passait à ceux-ci, et le patron était écarté (Gaïus, *Comm.* IV, § 4).

Pour les femmes, le *jus liberorum* avait aussi d'importantes conséquences ; toutefois, nous devons remarquer que le nombre d'enfants exigé variait suivant la condition de la femme et suivant les différents avantages qu'il s'agissait d'obtenir. D'après la loi Papia, les femmes ingénues étaient libérées de toute tutelle lorsqu'elles avaient mis au monde trois enfants ; les affranchies étaient, par ce même nombre d'enfants, soustraites à la tutelle atilienne et à la tutelle fiduciaire ; mais il fallait qu'elles en eussent eu quatre pour cesser d'être soumises à la tutelle légitime (Gaïus, *Comm.* I, § 194). Il résultait de là que les femmes qui avaient eu le nombre d'enfants voulu pouvaient tester sans avoir recours à l'*auctoritas* d'un tuteur (Gaïus, *Comm.* III, § 44). Aux termes encore de la loi Papia, la patronne ingénue qui avait deux enfants, et la patronne affranchie qui en avait trois ou un plus grand nombre, jouissaient à peu près, relativement aux biens de leur affranchie, de tous les droits de succession accordés au patron par l'édit du préteur ; et quand la patronne ingénue avait trois enfants, elle avait exactement les mêmes droits que le patron (Gaïus, *Comm.* III, §§ 50 et 52). Or, l'édit du préteur voulait que l'affranchi, s'il faisait un testament, laissât la moitié de ses biens à son patron. S'il mourait intestat, ayant pour *heres suus* un enfant adoptif, le patron obtenait encore contre cet héritier la *bonorum possessio* pour moitié (Inst. Justin., liv. III, tit. VII, § 1).

La fille de la patronne tenait de la loi Papia les mêmes droits que sa mère, pourvu que celle-ci ait eu le nombre d'enfants exigé, et qu'elle-même en ait eu au moins un (Gaius, *Comm.* III, § 53).

Enfin le sénatus-consulte Tertullien appelait à la succession *ab intestat* de leurs enfants les ingénues qui en avaient eu trois ; il fallait qu'une affranchie en eût eu quatre pour pouvoir leur succéder (Paul, *Sent.*, liv. IV, tit. IX, §§ 1, 7 et 9).

On le voit, les avantages attachés au *jus liberorum* ne laissaient pas que d'être nombreux. Il n'était pas nécessaire d'avoir sous sa puissance les enfants qui les procuraient. Ce point nous paraît incontestable. En effet, les femmes n'ont jamais la *patria potestas* sur leurs enfants, jamais elles n'ont que des enfants naturels, et cependant elles jouissent fort bien du *jus liberorum*. Si donc on admet comme fondée l'opinion de M. Rudorff, qui exige que les enfants soient en puissance pour que leur père puisse *vindicare caduca*, on ne peut également admettre cette distinction des enfants en *sui* ou *non sui*, quand il s'agit du *jus liberorum ;* on ne peut rattacher ce droit à la circonstance que les enfants sont *in potestate*.

Nul ne nie que le *vulgo quæsitus* ne serve à sa mère pour le *jus liberorum*, car cet enfant est aussi sûrement à sa mère que celui né de justes noces ; et si un *vulgo quæsitus* peut compter à sa mère pour lui assurer les priviléges dont il est question, il est hors de doute que l'enfant né du concubinat devra également lui compter.

Dès que la question de puissance sur l'enfant est écartée, la seule chose dont on ait à s'enquérir, c'est si cet enfant appartient à telle personne. Un *vulgo conceptus*, n'ayant point de père certain, ne peut évidemment compter à aucun homme pour le *jus liberorum ;* mais un enfant né du concubinat, ayant un *pater certus*, un père connu (le paragraphe 168 des *Fragmenta Vaticana* et toutes les constitutions *De naturalibus liberis* le prouvent), cet enfant doit assurément lui compter pour l'obtention des avantages que nous avons énumérés plus haut. Prétendrait-on que le *jus liberorum* ne concerne que les femmes? Cette opinion ne se soutiendrait pas un instant. Les excuses de la tutelle et des fonctions publiques se tirent du nombre d'enfants appartenant à la personne qui les invoque, et certes il ne peut

la loi Julia et Papia. » Pour la plus grande commodité de l'opinion qu'on soutient, on affirme que ces enfants, nés contrairement aux dispositions de la loi Papia, sont les *injusti liberi* dont il est question dans le paragraphe 194 des *Vaticana Fragmenta*, et malgré cela on est obligé de les déclarer issus de justes noces, car autrement ils ne seraient pas *heredes sui*. Mais vraiment l'esprit se fait-il à cette idée : *Liberi nati ex nuptiis justis, injusti sunt?* Il ne me faudrait rien moins qu'un texte dont ce serait là la formule, pour que je me résignasse à admettre une pareille conception. Ajoutons que, pour établir le système devant lequel je recule, on est amené à dire que les unions contractées au mépris de la loi Papia Poppœa n'étaient pas nulles, qu'elles produisaient tous les effets attachés au *justum matrimonium*, moins les avantages attribués aux conjoints par les lois caducaires. Eh bien, cette assertion ne me paraît pas justifiable. D'abord, je suis profondément convaincu qu'Auguste fit plutôt disparaître des prohibitions qu'il n'en créa de nouvelles : ainsi nous le voyons accorder aux ingénus le *connubium* avec les affranchis. Il maintint un petit nombre des anciennes prohibitions ; je ne crois pas qu'il en ait créé une seule. Je pourrais donc prétendre qu'il n'y a pas d'union contractée *contra legem Juliam et Papiam* qui ne soit en même temps contraire à ce que j'appelle le droit antérieur, et à ce que les partisans de l'opinion par moi rejetée appellent le *jus civile*.

Mais admettant, provisoirement du moins, que les lois caducaires aient créé de nouvelles prohibitions, je demande s'il est probable que l'empereur ait défendu certaines unions sans donner à sa loi une sanction positive, qui fut la nullité? A ceux qui ne verraient en cela rien d'impossible, je présenterais plus d'un texte, qui serait, sans doute, de nature à modifier leur opinion. Il en est en effet plusieurs où le mariage contracté dans des conditions que les lois Julia et Papia repoussent est déclaré nul.

Un fragment (frag. 16, pr., *De rit. nupt.*, Dig.) tiré du XXV de Paul, [illegible], déclare nul le mariage de la sénateur[illegible] affranchi.

[illegible] même [illegible] [illegible] de Carthage, extrait du [illegible], nous fait voir [illegible] de la fille vient

à perdre la dignité de sénateur (fragm. 34, § 3, *De rit. nupt.*, Dig.).

Enfin Modestin, dans son livre *De ritu nuptiarum*, a écrit : « Le mariage d'une femme de l'ordre sénatorial avec un affranchi, un comédien, ou le fils d'une telle personne, est nul. » (Fragm. 42, § 1, *De rit. nupt.*, Dig.)

En présence de pareils textes, peut-on soutenir que les enfants nés de ces unions seront sous la puissance de leur père? Un père n'a sous sa puissance, pour les avoir procréés, que les enfants issus de justes noces : « In potestate nostra sunt liberi nostri, quos justis nuptiis procreavimus; » (Gaïus, *Comm.* 1, § 55.) et encore, « in potestate sunt liberi parentum ex justo matrimonio nati. » (Ulp., *Reg.*, tit. V, § 1.)

Les enfants nés d'unions que la loi ne consacre pas, ne sont que des *vulgo quæsiti*, et n'ont pas de père à qui ils puissent en rien compter.

Peut-être dira-t-on que le mariage qui aurait lieu entre un homme âgé de moins de soixante ans et une femme de plus de cinquante, serait un de ces mariages que les lois caducaires, ou plutôt, comme le fait très-judicieusement remarquer M. Machelard dans son excellent ouvrage sur l'accroissement, que des sénatus-consultes, postérieurs à ces lois, prohibaient, et qui étaient valables selon l'ancien droit; que, par conséquent, les enfants phénoménalement issus de ces unions sont les *injusti* des *Vaticana Fragmenta*, *heredes sui* du fragment de Paul. On pourrait ingénieusement chercher à établir la validité de telles unions, en argumentant d'un texte d'Ulpien (Ulp., *Reg.*, tit. XVI, § 3), dans lequel, à propos d'un pareil mariage, il est question d'une dot qui serait caduque. Mais ne serait-ce pas aller un peu loin que de dire : puisque le jurisconsulte a employé le mot dot, c'est qu'il y avait mariage, car sans mariage pas de dot? A Rome autrefois, comme en France aujourd'hui, pour éviter des périphrases, on donnait souvent à l'apparence de la chose le nom qui régulièrement n'aurait dû être appliqué qu'à la chose elle-même. Ulpien, lorsqu'il dit que le mariage d'un homme âgé de moins de soixante ans avec une femme âgée de plus de cinquante, ne peut servir *ad capiendas hereditates et legata et dotes*, et lorsqu'il ajoute : *mortua muliere, dos caduca erit*, entend tout simplement que, si la femme vient à mourir, l'homme

avec lequel elle aura vécu, n'aura pas, relativement aux valeurs qu'en cas de mariage régulier on appellerait dot, les droits qu'aurait eus un mari.

D'ailleurs, deux constitutions de Justinien sont là pour attester que ces mariages n'étaient pas non plus valables. Dans l'une de ces constitutions (loi 27, *De nupt.*, Cod.), il dit que désormais les mariages autrefois prohibés entre les personnes dont nous parlons seront valables et ne pourront être empêchés en aucune façon. Donc, antérieurement à cet empereur, ces mariages étaient nuls. Sans cela, il n'eût pas eu à les valider.

Cependant, selon de très-savants romanistes, cette constitution signifierait seulement qu'on n'appliquerait plus à ces sortes d'unions les incapacités établies par les lois Julia et Papia Poppæa. C'étaient, en effet, disent-ils, les seules qu'il y eût à faire disparaître, car le droit romain n'avait jamais privé du *connubium* ceux qui avaient dépassé un certain âge; les mariages que des vieillards pourraient contracter entre eux, étaient réguliers, d'après l'ancien droit, et les enfants qui en naissaient étaient légitimes et *heredes sui*. Malheureusement, la seconde constitution de Justinien (loi 12, *De legit. hered.*, Cod.) ne permet pas cette explication de la première. Il y est positivement dit qu'à l'avenir les enfants nés d'une quinquagénaire auront à la succession de leur père tous les droits attachés à la qualité d'enfants légitimes. Ils ne les avaient donc pas auparavant; ils n'étaient donc pas les *heredes sui* du fragment de Paul; ils ne sont donc pas ces enfants qu'on croit voir dans les *injusti liberi* des *Vaticana Fragmenta*.

Pour moi, le texte de Paul signifie : Sont héritiers siens le fils et la fille, et peu importe qu'ils soient adoptifs ou naturels, et nés dans des conditions que l'ancien droit ne reconnaissait pas, mais que les lois Julia et Papia Poppœa avaient admises, pourvu qu'ils soient en puissance. « Nec interest adoptivi sint an naturales *et* (et non pas *an*) *secundum* (et non pas *contra*) legem Juliam Papiamve quæsiti. »

Le doute à cet égard pouvait naître, puisque, de toute ancienneté, l'*heres suus* était celui qui était né conformément à la loi des Douze Tables. Ce n'était pas, par exemple, l'enfant qu'un ingénu aurait eu d'une affranchie. Quand la loi Papia fit

disparaître cette prohibition, quand un pareil mariage fut possible *secundum has leges*, on eut à s'expliquer sur ce point, et la solution de la difficulté se trouve indiquée dans une *sententia recepta* de Paul. Le jurisconsulte déclare héritiers siens les enfants qu'un homme a eus conformément aux anciens principes, et même ceux qu'il a eus d'après les principes nouveaux introduits par les lois caducaires. Les premiers comme les derniers sont de *justi liberi*.

Revenant à notre point de départ, qui a donné lieu à cette longue digression, je persiste à dire, avec plus de conviction encore, qu'un homme, dans la matière qui nous occupe, ne peut avoir que deux espèces d'enfants : des enfants nés de justes noces, ou des enfants issus du concubinat. Les premiers étant *justi*, les *injusti* dont parlent les *Vaticana Fragmenta* sont les enfants nés du concubinat.

Il est encore un texte qu'on invoque pour soutenir que les enfants issus du concubinat ne procuraient pas le *jus liberorum* ; et, ce qui est bizarre, moi, de mon côté, j'invoque le même texte en faveur de mon opinion.

« Item quidam tamen justos secundum has leges putant dici. Divi quoque Marcus et Lucius Apronio Saturnino ita rescripserunt : *Si instrumentis probas habere te justos tres liberos, excusationem tuam Manilius Carbo prætor vir clarissimus accipiet.* Sed justorum mentio ita accipienda est, uti secundum jus civile quæsiti sint. » (*Vatic. Fragm.*, § 168.)

Vous le voyez, dit-on, les enfants qui servent pour l'*excusatio tutelæ* sont les enfants *justi secundum jus civile*, et non les enfants *justi secundum legem Juliam et Papiam*.

Cette interprétation ne me paraît pas exacte. *Justi secundum jus civile* n'est pas la même chose que *quæsiti secundum jus civile*. Les enfants désignés par la dernière expression sont, à la lettre, ceux nés dans des conditions admises par le droit civil. Ceux, au contraire, désignés par la première sont, de l'aveu de tous les jurisconsultes, des enfants issus de justes noces.

Mais, laissant de côté cette observation, donnons notre explication du paragraphe 168 des *Vaticana Fragmenta*. Les lois Julia et Papia ayant reconnu les enfants nés du concubinat, quelques jurisconsultes avaient pensé, à tort, que les enfants nés de cette union pouvaient être qualifiés *justi*. Marc-Aurèle, dans un res-

crit, semblait avoir consacré cette opinion, en disant que dès que l'on avait trois *justi liberi*, on pouvait se faire dispenser de la tutelle. Or, comme il était notoire que les enfants nés du concubinat, tout aussi bien que ceux nés de justes noces, profitaient pour ces excuses, la conclusion à tirer du langage de l'empereur était que les enfants nés du concubinat figuraient au nombre des enfants *justi*. Au fond, le texte ne fait que constater l'impropriété des expressions employées par l'empereur et prouve implicitement ma proposition, que les enfants nés du concubinat sont les *injusti* du paragraphe 194 des mêmes *Vaticana Fragmenta*.

En résumé, Marc-Aurèle applique improprement la qualification de *justi* aux enfants issus du concubinat; le jurisconsulte des *Vaticana Fragmenta* le remarque, et déclare que la mention de *justi* doit être entendue comme s'il y avait *secundum jus civile quæsiti*, expression qui comprend tous les enfants nés conformément aux lois, tandis que les enfants *justi secundum has leges* ne seraient jamais que des enfants issus de justes noces.

Les lois Julia et Papia Poppœa font partie du *jus civile* tout aussi bien que les lois anciennes, tout aussi bien que la loi des Douze Tables. Si, parfois, on oppose le *jus civile* aux constitutions, aux sénatus-consultes, aux édits du préteur, à tous ces éléments d'un droit, qu'on pourrait appeler impérial, sénatorial ou prétorien, on ne l'oppose jamais à une décision émanée du peuple. Les règles de droit établies par le peuple, c'est-à-dire par les citoyens, sont toutes, qu'elles soient récentes ou anciennes, des éléments du *jus civitatis*, ou en d'autres termes, du *jus civile*.

A cette affirmation, que je n'émets pas sans l'avoir mûrement méditée, je ne pense pas qu'on puisse opposer un seul texte authentique. Le seul qui pourrait m'être contraire est une restitution des paragraphes 2 et 3 de la *Disputatio forensis de manumissionibus*. Cette restitution due à M. Bœcking donne ceci :

Δικαίον πολιτικὸν τὸ μὲν ἔγγραφον, τὸ δὲ ἄγραφον προσαγορεύεται. Ἐκεῖνο δὲ ἐκ πλειόνων μερῶν συνέστηκεν. Ἀλλὰ διατάξεις αὐτοκρατορικαὶ νόμων τάξιν ἐπέχουσιν, καὶ ὁμοίως τιμῶνται. Μέρος δέ ἐστιν καὶ τοῦ πραίτορος διάταγμα ἢ ἀνθυπάτου, ὁμοίως τιμητέον. Αὐθεντίαν δὲ ἔχει καὶ τὰ ὑπὸ τῶν νομικῶν νομοθετούμενα· ἐκ τούτου γὰρ

ὃ οἱ νομικοὶ συγκατέτευσαν, τὴν ἐμπειρίαν συγκατέθεντο, καὶ παρείληπται τῶν ἀποκριμάτων ὄνομα, ὥστε τοὺς νομικοὺς ἐπερωτωμένους ἐξ ἀποφθεγμάτων νομοθετεῖν. Καὶ κεφαλαιωδῶς εἰώθαμεν ταῦτα λέγειν δίκαιον πολιτικόν. Νόμος γὰρ λέγεται ἐξαιρέτως, ὡς ὁ Ἰούλιος καὶ Πάπιος· ἀλλ' οὕτως καὶ τὰ λοιπὰ μέρη τοῦ δικαίου προσαγορεύεται. En latin : « Jus civile *aliud scriptum, aliud non scriptum,* appellatur. *Illud autem* ex pluribus partibus constat. Sed constitutiones imperiales *legis vicem obtinent et* similiter *honorantur. Pars est etiam edictum prætoris vel proconsulis,* similiter honorandum. *Auctoritatem habent etiam quæ a jurisconsultis constituta sunt;* ex eo enim, *de quo jurisconsulti consenserunt* prudentiam constituerunt, et receptum est responsorum *nomen, ita ut jurisconsulti interrogati ex responsis jus constituerent.* Et summatim solemus hæc dicere *jus civile.* Lex *enim dicitur præcipue, ut* Julia et Papia, *sed ita et* cæteræ partes juris appellantur. »

Quelle que puisse être mon admiration pour l'archéologie et les merveilles qu'elle enfante, je n'accepterai jamais comme documents les chefs-d'œuvre de patience et d'art que, sans doute à leurs moments perdus, réalisent les savants. J'espère qu'on voudra bien me permettre de ne voir rien en dehors de ce qui nous est parvenu du texte de Dosithée. Le voici avec sa traduction latine :

Δικαίον πολιτικὸν προσαγορεύεται, ὡς ἐκ πλειόνων μερῶν συνέστηκεν..... ἀλλὰ διατάξεις αὐτοκρατορικαὶ..... ὁμοίως τιμητέον, ὅ ἐστιν καὶ τοῦ πραίτορος διάταγμα ὁμοίως ἢ ἀνθυπάτου..... ἐκ τούτου γὰρ συγκατέθεντο τὴν ἐμπειρίαν..... καὶ παρείληπται τῶν ἀποκριμάτων, καὶ κεφαλαιωδῶς εἰώθαμεν ταῦτα λέγειν.....

Νόμος γὰρ Ἰούλιος καὶ Πάπιος..... τὰ λοιπὰ μέρη τοῦ δικαίου προσαγορεύονται.

« Jus civile appellatur, quasi ex pluribus partibus constat... sed constitutiones imperatoriæ... similiter honorandum, quod est et prætoris edictum similiter vel proconsulis... ex eo enim constituerunt jurisprudentiam.... et receptum est responsorum, et summatim solemus hæc dicere....

«Lex enim Julia et Papia... cæteræ partes juris appellantur.»

Dans ces fragments ramenés à leur sincérité, je ne pense pas qu'on puisse rien trouver de contraire à mon opinion ; car, re-

marquons-le bien, le fragment 3 a sa lacune comme le fragment 2 a les siennes, et cette lacune, omise dans quelques éditions récentes de la *Disputatio forensis*, enlève toute précision, et même tout sens au fragment qu'on pourrait invoquer contre moi.

La continuelle application de l'homme à remplacer par des conjectures les parties complétement effacées des monuments anciens est fâcheuse pour la science. Celui qui croit avoir trouvé une restitution ingénieuse, s'en éprend : « On ne distingue rien là ; c'est cela qui devait y être ! » Moi-même, monsieur, je ne suis pas exempt de cette faiblesse que je condamne. Ainsi, par exemple, il y a au titre I^er^ § 12, des *Règles d'Ulpien*, une phrase qui se présente de cette façon avec sa lacune : « Sine consilio manumissum c.... servum manere putat. » L'Enchiridium comble le vide par *Cæsaris*, le manuel synoptique par *censu* (de ces deux restitutions le verbe *putat* s'arrange comme il peut). Moi je lis audacieusement *Cassius*, et si je donnais une édition des *Règles d'Ulpien*, elle porterait : « Sine consilio manumissum Cassius servum manere putat. » *Cassius! Cassius* sans annotation peut-être ! Et pourtant, j'ai la prétention d'être consciencieux.

Hé bien, que dirait-on si je proposais aussi une restitution du texte de la *Disputatio de manumissionibus* ?

Pourquoi pas? Voyons.

Δίκαιον πολιτικὸν προσαγορεύεται, ὡς ἐκ πλειόνων μερῶν συνέστηκεν· ὧν ἓν οἱ νόμοι. Ἀλλὰ διατάξεις αὐτοκρατορικαὶ καὶ τὰ τῆς συγκλήτου βουλεύματα τοῦ αὐτοῦ εἰσὶ δικαίου· Τό τε πραιτοριανὸν δίκαιον ὁμοίως τιμητέον, ὅ ἐστὶν καὶ τοῦ πραίτορος διάταγμα ὁμοίως ἢ ἀνθυπάτου. Ὁμοίως ὅτι τοῖς ἐμπείροις ἔδοξε· ἐκ τούτου γὰρ συγκατέθεντο τὴν ἐμπειρίαν, ἥπερ ὄνομα δέδοται καὶ παρείληπται τῶν ἀποκριμάτων. Καὶ κεφαλαιωδῶς εἰώθαμεν ταῦτα λέγειν δίκαιον πολιτικόν.

Νόμος γὰρ Ἰούλιος καὶ Πάπιος, τῷ αὐτῷ ὀνόματι ᾧ καὶ τὰ λοιπὰ μέρη τοῦ δικαίου προσαγορεύονται.

Restitution du texte latin :

« Jus civile appellatur quasi ex pluribus partibus constans, *quarum una leges*. Sed constitutiones imperatoriæ *et senatusconsulta ejusdem juris etium sunt ; ut jus prætorium* similiter honorandum, quod est et prætoris edictum similiter et pro-

consulis. *Item, quod prudentes censerunt,* ex eo enim constituerunt jurisperitiam, *cui nomen datum* et receptum est responsorum. Et summatim hæc dicere solemus *jus civile.*

« Lex enim Julia et Papia *eodem nomine quo* cæteræ partes juris appellantur. »

En français tout cela signifie : « Le droit civil se compose de plusieurs éléments ; entre autres, les lois. Les constitutions impériales et les sénatus-consultes en font aussi partie, aussi bien que le droit prétorien, qui n'a pas moins de valeur, et qui comprend l'édit du préteur et celui du proconsul. Nous en dirons autant des décisions des jurisconsultes, dont on a formé la jurisprudence, et qu'on désigne sous le nom de *responsa*. En somme, on appelle le tout droit civil ; car les lois Julia et Papia Poppœa rentrent dans cette dénomination, comme le reste. »

Toute vanité mise à part, ma restitution est-elle moins probable que celle de M. Bœcking, moins claire, moins juridique? S'ajuste-t-elle moins bien aux ruines du texte authentique? Mais je m'empresse de déclarer que je n'en veux rien conclure, et que je rejette à la fois les débris inutiles et frustes du texte de Dosithée, et les pièces de rapport qui s'y rattachent tant bien que mal.

Nous ne supposons pas non plus que, pour exclure du droit civil les lois Julia et Papia Poppœa, on ait recours à cette règle d'Ulpien (celle du titre XVII, § 1) : « Quod quis sibi testamento relictum ita ut jure civili capere possit aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo. » Dans ce texte, le jurisconsulte exprime cette grande vérité, que, lorsqu'un testament a été fait selon toutes les formes du droit civil, lorsque par conséquent il est valable, si, par une cause quelconque étrangère à sa confection, quelqu'une de ses dispositions reste sans effet, cette disposition est dite caduque. La cause de caducité pourrait assurément elle-même être de droit civil, et c'est, selon nous, ce qui aurait lieu, dans le cas où elle résulterait des lois Julia et Papia. Pas un mot du jurisconsulte n'indique le contraire.

Il ne nous sera pas difficile maintenant, croyons-nous, d'avoir raison d'une locution employée par un littérateur du deuxième siècle. On ne l'a jamais, que je sache, invoquée en faveur de l'opinion d'après laquelle les enfants *in potestate* procureraient

seuls à leur père le *jus liberorum*. Toutefois, je l'ai rencontrée dans mes explorations, et je ne veux pas la laisser debout sur ma route. Aulu-Gelle nous apprend que celui des deux consuls qui avait le plus d'enfants, jouissait d'un droit de priorité sur son collègue, lorsqu'il était question pour la première fois de faire porter les faisceaux devant soi. « Capite septimo legis Juliæ priori ex consulibus fasces sumendi potestas fit, non qui pluris annos natus est, sed qui pluris liberos quam collega, aut in sua potestate habet, aut bello amisit.» (*Nuits attiques*, liv. II, ch. xv.) Comme l'auteur parle d'enfants *in potestate*, et d'enfants morts à la guerre, on pourrait s'aviser de dire : « Il n'y a que les enfants nés de justes noces qui sont sous la puissance paternelle, donc les *justi liberi* seuls, et non les enfants nés du concubinat, compteront pour assurer la prééminence à leur père. » Une lecture réfléchie du passage d'Aulu-Gelle suffit pour faire reconnaître que les mots : *liberi in potestate*, ne concernent pas les enfants qui sont effectivement soumis à la *patria potestas*, mais bien ceux qui sont encore vivants, les *liberi superstites*, les *liberi incolumes*, par opposition à ceux qui ont péri dans les combats. Si l'on conservait quelques doutes à cet égard, ils ne résisteraient probablement pas à la remarque, que les enfants, donnés en adoption, procurent le *jus liberorum* à celui dont ils sont nés, bien que certainement ils ne soient pas sous sa puissance : « In adoptionem dedisse non nocet; nec adoptasse ad excusationem proderit, quoniam soli naturales tribuunt excusationem.» (*Vatic. Fragm.*, § 196.)

Le *jus liberorum* est donc indépendant de toute puissance paternelle, puisque nous voyons des enfants, soumis à la puissance d'une personne, ne pas lui procurer les avantages qu'on voudrait rattacher à la *patria potestas*, tandis que ces mêmes avantages sont formellement attribués à une personne qui n'a pas d'enfants sous sa puissance.

Le paragraphe 195 des *Vaticana Fragmenta* ne peut être non plus un argument contre nous. En effet, les paragraphes entre lesquels il se trouve atténueraient déjà singulièrement sa valeur. Mais il n'a vraiment aucune force probante, car de ce que des petits-fils, nés d'une fille, ne procurent pas à leur aïeul maternel les avantages qu'ils lui eussent procurés, s'ils fussent nés d'un fils, il n'y a pas à conclure que les enfants *in potestate*

seuls procurassent le *jus liberorum*. Ce n'était pas parce qu'ils ne se trouvaient point sous la puissance de leur aïeul maternel, qu'ils ne dispensaient pas celui-ci de la tutelle, mais uniquement parce qu'il était inadmissible que les mêmes enfants procurassent les mêmes avantages aux chefs de deux familles différentes. N'étant qu'à la charge de leur ascendant paternel, c'est à lui seul qu'ils profitaient; Marcellus nous en est garant : « Manifestum est, id quod filia parit, non avo sed patri suo esse oneri.» (Dig., fragm. 8, *De agnosc. et alend.*)

Enfin ce qui doit suffire à clore toute discussion à ce sujet, c'est un fragment tiré du deuxième livre *excusationum*, de Modestin. Ce fragment, qui est le second, § 3 du titre *De excusat.*, au Dig., dit en toutes lettres que les enfants *legitimi*, indistinctement, procurent l'*excusatio tutelæ*. Les *legitimi* et non les *justi!* Les *legitimi*, par conséquent tous les enfants reconnus par la loi! L'enfant né du concubinat n'est pas *justus*, il n'y a de *justi* que les enfants nés de justes noces, mais il est *secundum legem natus*, il est *legitimus!* Je ne comprends pas qu'en présence d'un texte aussi formel, aussi topique, on ait pu un instant contester.

Maintenant, monsieur, si nous passons du *jus liberorum* au *jus capiendi ex testamento*, nous arriverons encore à nous convaincre que les enfants nés du concubinat, comme les enfants nés de justes noces, tous les *legitimi* en un mot, procuraient, quel que fût leur nombre, ce droit à leur mère, tout aussi bien qu'à leur père.

Quelques auteurs ont pensé que, pour jouir du *jus capiendi ex testamento*, il fallait avoir ses enfants sous sa puissance. Cela revient à résoudre, contre les femmes, la question que je tranche, sans hésiter, en leur faveur, et à dire en même temps que les enfants, nés du concubinat, ne comptent pas à leur père. C'est là, croyons-nous, une opinion erronée. En effet, les lois Julia et Papia Poppœa sont, on le sait, remplies de mentions relatives à des priviléges accordés aux personnes qui se trouvent en état d'union légale, elles ne font que proclamer des avantages assurés à ceux qui ont des enfants, elles ne créent qu'une incapacité pour ceux qui ne se seront pas mis en règle avec elles, une seule, celle de recevoir par testament. Or, elles accordent aux femmes, veuves ou divorcées, de ne contracter

une nouvelle union qu'après un certain temps. C'est une faveur qu'elles leur concèdent : elles leur font évidemment remise de quelque incapacité qu'elles eussent encourue si ce délai ne leur avait pas été octroyé. Eh bien, quelle pouvait être cette incapacité ? La seule nécessairement dont il soit question dans les lois caducaires, l'incapacité de *capere ex testamento*. Conséquence rigoureuse : les femmes comme les hommes avaient le *jus capiendi*. Ici encore, l'idée de puissance écartée, nous serons amenés à la démonstration suivante : La femme, quand elle a des enfants, n'est pas *orba*, car la maternité est toujours certaine : c'est un point sur lequel tout le monde est d'accord. L'homme, en concubinat, est, de par la loi, le père de ses enfants ; il n'est donc pas *orbus*, il a donc le *jus capiendi ex testamento*.

De l'aveu de tous les commentateurs un seul enfant suffisait à l'homme, pour lui donner le droit de *capere ex testamento*, car bien que la loi Papia ait employé le mot *enfants* au pluriel (*liberos*), les jurisconsultes romains font remarquer qu'en cela elle s'est conformée à l'usage grammatical, et qu'on doit nécessairement considérer comme ayant des enfants, celui qui n'aurait qu'un fils ou qu'une fille. Gaius s'explique positivement à cet égard, dans deux fragments extraits de son commentaire *ad legem Juliam et Papiam* (fragm. 143 et 149, *De verb. signif.*, Dig.).

Quant aux femmes on soutient généralement qu'elles étaient considérées comme *orbæ*, tant qu'elles n'avaient pas trois enfants. Cela me paraît bien étrange. Les lois caducaires n'accordent qu'aux personnes, *quæ liberos habent*, le droit de recueillir l'intégralité des dispositions testamentaires faites à leur profit, et cependant, l'homme, même quand il n'a qu'un enfant, jouit de ce droit ; on le lui accorde sans difficulté, par l'excellente raison, que celui qui a un enfant n'est pas sans enfants. « Non est sine liberis, cui vel unus filius, unave filia est. » La femme qui n'a qu'un enfant, n'est pas, ce nous semble, sans enfants, elle n'est pas plus que l'homme en état d'*orbitas*. Et si, pour ce qui est du *jus liberorum*, on a exigé d'elle un nombre d'enfants, variable d'ailleurs et fixé par la loi suivant les circonstances, il ne s'ensuit pas qu'on puisse transporter arbitrairement au *jus capiendi ex testamento* des dispositions spéciales au *jus liberorum*. On serait, du reste, fort embarrassé pour la détermination du nombre d'enfants à exiger, car selon les cas,

nous l'avons vu constamment varier. Si on considère qu'avant les lois caducaires, les femmes pouvaient, dans les limites cependant de la loi Voconia, *capere ex testamento*, tout aussi bien que les hommes, sans qu'on eût à se préoccuper si elles avaient ou non des enfants, on reconnaîtra que ces lois sont venues établir un principe excentrique et tout nouveau. Dès lors, ce principe ne doit s'appliquer que dans la mesure formellement déterminée par le législateur ; et, quand il y a doute, l'interprétation doit être favorable à la règle ancienne.

D'ailleurs, les hommes aussi, quand il s'agit du *jus liberorum*, ont à avoir un certain nombre d'enfants ; et pourtant personne ne s'avise de leur faire, de ce nombre d'enfants, une condition de non *orbitas*.

Remarquons, en outre, monsieur, que le texte des Institutes de Justinien (liv. III, tit. III, § 2) (*ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumve admittatur intestatorum mortuorum*), sur lequel on se fonde, est emprunté au sénatus-consulte Tertullien. Ce sénatus-consulte, à la vérité, n'appelle les femmes à succéder *ab intestat* à leurs enfants, qu'à la condition d'en avoir au moins trois ; mais il innovait : les femmes, auparavant, ne venaient jamais à l'hérédité légitime de leurs enfants. Pour ne pas paraître trop novateur, et pour se conformer aux idées de l'époque, le sénat n'avait accordé ce droit nouveau qu'aux femmes qui auraient ou auraient eu trois enfants. C'était une prime exceptionnelle à la fécondité.

Enfin un dernier argument en faveur de mon opinion se trouve dans un fragment tiré du huitième livre des *Réponses* de Papinien. Il y est question d'une concubine n'ayant qu'une seule fille et qui est néanmoins déclarée capable de *capere ex testamento*, l'allégation d'un *stuprum*, qui l'eût rendue indigne de recevoir, ayant été écartée (fragm. 16, § 1, Dig., *De his quæ ut indign.*). Ce texte a, pour moi, une grande importance, car il démontre à la fois que les personnes en état de concubinat ne sont point *cœlibes*, et qu'un seul enfant suffit pour procurer à sa mère, comme il procurerait à son père, le *jus capiendi ex testamento*.

Il faut actuellement nous occuper du *jus caduca vindicandi*, accordé à tout homme qui a au moins un enfant, et générale-

ment refusé à la femme, quel que soit le nombre des enfants qu'elle puisse avoir. Ce droit, attribut de la procréation légale, était un des plus grands avantages que les lois caducaires aient accordés aux *patres;* c'était la faculté, pour ceux-ci, de prendre, dans la succession, les parts qui échappaient aux *cœlibes* ou aux *orbi*. On l'appelle le *jus patrum*, et tout ce que j'ai dit précédemment a dû faire pressentir que, dans mon opinion, il appartenait à l'homme qui avait au moins un enfant né du concubinat, puisque cet homme est le *pater certus* de son enfant.

M. Rudorff n'est point de cet avis, il prétend que les seuls *heredes sui* procuraient le droit de *vindicare caduca;* mais on ne voit pas comment il peut établir son assertion. Les enfants donnés en adoption ne sont pas les *heredes sui* de leur père naturel, et cependant ils lui servent pour la revendication des caduques. Le *jus caduca vindicandi* est une récompense accordée à ceux qui donnent des enfants à l'Etat. Ceux qui ont des enfants du concubinat, ou ceux qui en ont de justes noces, méritent également bien du pays !

La théorie de M. Rudorff s'appuie sur deux textes que j'ai déjà interprétés à propos du *jus liberorum*. C'est, en première ligne, le paragraphe 195 des *Vaticana Fragmenta :* « Ex filia ne-« potes non prodesse ad tutelæ liberationem, sicuti nec ad ca-« ducorum vindicationem palam est. »

Ce paragraphe dit-il : Les enfants en puissance procurent seuls la libération de la tutelle? Il ne le dit ni ne pourrait le dire, démenti qu'il serait par les deux textes entre lesquels il se trouve placé. Puis, comme il assimile la *caducorum vindicatio* à l'*excusatio tutelæ*, il atteste implicitement que les enfants qui procurent l'excuse de tutelle procurent aussi le *jus caduca vindicandi*.

Que si on me répond : « Au moins ce texte prouve-t-il que les enfants *in potestate* procurent seuls le droit de revendiquer les caduques, car il ne tient pas compte des enfants de la fille à l'aïeul maternel, qui ne les a pas sous sa puissance, » je rappellerai que toute idée de puissance doit être écartée en ce qui concerne l'*excusatio tutelæ* et les autres avantages du *jus liberorum*, je me reporterai à mes démonstrations à ce sujet, et j'ajouterai : « Il est impossible que le jurisconsulte, pour nous apprendre que les enfants en puissance procurent seuls le *jus caduca vindicandi*, ait comparé la *caducorum vindicatio* à l'*excu-*

satio tutelæ au même moment où il proclame que la qualité des enfants est indifférente en matière d'*excusatio tutelæ*. Il eût pris un singulier moyen pour nous éclairer sur la matière! Les enfants de la fille ne procurent aucun avantage à leur aïeul maternel. Cela n'est que juste et raisonnable. S'ils sont nés de justes noces, ils font partie de la famille de leur père, c'est à cette famille que reviennent logiquement les avantages qui pourront résulter de leur naissance; s'ils sont nés du concubinat, ils n'ont d'autres *parentes* que leur père et leur mère, c'est à ceux-ci que leur naissance profite; s'ils sont nés du *stuprum* ou de la *scortatio*, ils n'ont au monde que leur mère, ils ne peuvent donc procurer certains bénéfices à d'autres qu'à elle.

On allègue encore, pour soutenir l'opinion de M. Rudorff, le paragraphe 168 des *Vaticana Fragmenta*, et le paragraphe 4, tit. VIII, liv. IV, des *Sentences* de Paul. J'ai précédemment fixé le sens de ces paragraphes, et je ne crois pas nécessaire de reprendre la réfutation des arguments qu'on en veut tirer : je renvoie à ce que j'ai dit plus haut.

Si, comme je le prétends, la puissance paternelle n'est point requise pour qu'une personne ait le *jus caduca vindicandi*, il faut admettre que tout homme qui est certainement le père d'un enfant peut revendiquer les caduques. Or, il est deux paternités certaines : celle qui résulte du *justum matrimonium* et celle qui résulte du concubinat. Dès qu'on est *pater* aux yeux de la loi, on a le *jus caduca vindicandi*, car le *jus caduca vindicandi* est conféré aux *patres*.

Je crois qu'il n'appartient pas aux femmes. Mais ce n'est pas dans le paragraphe 195 des *Vaticana Fragmenta*, qui ne prouve rien, que je puise ma conviction. Les femmes, selon moi, n'ont pas le droit de revendiquer les caduques, parce que tous les textes relatifs à ce droit ne parlent jamais que des *patres*, et qu'il me paraît difficile de soutenir qu'une femme soit *pater*.

Du reste, il n'est pas très-choquant de voir les femmes maintenues dans un état d'infériorité relative, elles qui, à l'époque de la rédaction des lois caducaires, se trouvaient encore soumises aux restrictions de la loi Voconia.

Laissons un instant les textes et parlons maintenant à la pure raison. Rome était dépeuplée, il fallait réagir contre la débauche. Pour cela, que pouvait faire l'empereur? Certes, il pou-

vait déclarer que les citoyens, à partir d'un certain âge, auraient à contracter de justes noces, et que les enfants dont ils seraient alors les pères leur vaudraient des priviléges particuliers. Il pouvait frapper d'incapacité ceux qui ne se marieraient point, ne reconnaître que le *justum matrimonium* ; il pouvait flétrir et réprimer le concubinat. Mais il eût ainsi fait disparaître une union prolifique, préférée aux justes noces, et que les mœurs, ces agents du *jus non scriptum*, étaient loin de réprouver. Ce n'eût pas été très-adroit! Aussi, loin de condamner le concubinat, le sagace et prudent empereur le régularise, le consacre, le légitime. Il reconnaît un père certain aux enfants qui en naissent. N'aurait-il, par hasard, agi de la sorte que pour faire peser sur le père quelques charges peu enviées de la paternité? De celui qu'il déclarait père certain de ses enfants, il n'aurait pas fait un *pater!* Aux gens qui se résignaient à cette union, il aurait infligé des incapacités jusqu'à lui inconnues! Il leur aurait laissé le titre de *cælibes!* Cela n'est pas possible! On n'a pas de ces aberrations! Ce n'est pas ainsi qu'un législateur procède! *Credat Judæus Apella; non ego.*

Ce point éclairci, demandons-nous de quelle manière le concubinat se contractait. Je pense que le concubinat, comme le mariage, auquel les jurisconsultes le comparent sans cesse, se formait par le seul consentement. Cette opinion, quoique très-répandue, n'est cependant pas unanimement adoptée, et même des romanistes d'une grande autorité la rejettent.

Quelques-uns assimilent le mariage à un contrat réel, et soutiennent qu'il se formait par la remise de la femme au mari. Pour ce système, que mon savant maître, M. Ortolan, a mis surtout en lumière, on a tiré de nombreux arguments des classiques et des jurisconsultes. Il n'y a pas, a-t-on dit, de *matrimonium justum*, tant que la femme n'a pas été solennellement conduite au domicile de son mari. La preuve, c'est que les auteurs latins emploient constamment, on pourrait dire presque exclusivement, l'expression de *uxorem ducere*, pour dire qu'un homme se marie. On argumente ensuite d'un fragment du quatrième livre de Pomponius *ad Sabinum*, et d'un fragment tiré du trente-cinquième livre d'Ulpien *ad Sabinum*.

Aux termes du premier de ces fragments, une femme pourrait épouser un homme absent, par lettre ou par message,

pourvu toutefois qu'elle fût conduite dans la demeure de celui qu'elle épouse, « si in domum ejus deduceretur. » (Fragm. 5, *De rit. nupt.*, Dig.) Vous voyez donc bien, conclut-on, que le *matrimonium* n'est pas une relation purement consensuelle, puisque, pour le former, il ne suffit pas de certaines communications échangées, et qu'il faut la *mulieris ductio in domum mariti*, ou l'équivalent de la tradition de la femme au mari.

Le fragment d'Ulpien fournit un argument analogue au précédent. On dit : Puisque, d'après Cinna, la femme qui a été reçue dans le domicile d'un homme absent doit le pleurer, s'il vient à périr avant d'être revenu (fragm. 6, *De rit. nupt.*, Dig.), c'est qu'évidemment elle n'aurait pas eu à porter son deuil, si elle n'avait pas été reçue dans le domicile conjugal ; c'est qu'elle n'eût pas été mariée.

On invoque encore un passage des *Sentences* de Paul : « Vir « absens uxorem ducere potest, femina absens nubere non po- « test » (Paul, *Sent.*, liv. II, tit. XIX, § 8), et un fragment de Scævola. Ce dernier jurisconsulte suppose qu'une jeune fille a été conduite dans les jardins de son futur époux, trois jours avant que le mariage se fasse ; qu'elle y occupe un pavillon séparé, et que le jour du mariage, avant de passer dans l'appartement de son fiancé, et de recevoir l'eau et le feu (c'est-à-dire avant que les noces aient été célébrées), celui qu'elle consent à avoir pour époux, lui fait donation de dix *aurei*. Scævola se demande si la donation ainsi faite doit être considérée comme la donation d'un mari à sa femme, donation qui serait nulle (Ulp., *Reg.*, tit. VII, § 1), ou bien comme une donation faite *ante nuptias*, donation qui est valable (fragm. 27, *De don. int. vir.*, Dig.), et c'est à cette dernière interprétation qu'il s'arrête (fragm. 66, § 1, *De don. int. vir.*, Dig.). La conséquence est donc qu'il n'y a pas mariage tant que la femme n'a pas été livrée au mari.

Puis un fragment d'Ulpien est allégué, dans lequel le jurisconsulte déclare qu'un legs ayant été fait à une personne sous cette condition, *si in familia nupsisset*, la condition sera réputée accomplie dès que la femme aura été *ducta* (fragm. 15, *De cond. et demonst.*, Dig.). Il n'est pas nécessaire qu'elle ait eu des relations avec son mari, mais au moins faut-il que la *ductio domum* ait été pratiquée. Enfin les partisans de ce système se prévalent

d'un texte de Modestin (fragm. 27, *De don. int. vir.*, Dig.) : Des personnes, parfaitement d'accord pour le mariage, peuvent se faire des donations, tant que les *nuptiæ* n'ont pas eu lieu ; c'est donc que le consentement par lui-même ne suffisait pas pour en faire des époux.

Ces arguments suffisent-ils pour renverser l'opinion presque générale et, selon moi, très-fondée, d'après laquelle le mariage se forme *solo consensu ?* Je ne le crois pas. La *ductio domum* n'est pas, à mes yeux, un procédé auquel on recourût pour opérer la tradition de la femme à l'époux. Elle n'est qu'une cérémonie dont on pouvait se dispenser, mais que souvent on pratiquait, soit pour son appareil de fête, soit pour des raisons plus sérieuses. Une foule de textes affirment que toute la différence entre la concubine et l'*uxor* réside dans la considération moins grande dont la première est l'objet de la part de son conjoint (fragm. 4, *De concub.*, Dig.). « Concubina ab uxore solo dilectu « separatur. » (Paul, *Sent.*, liv. II, tit. XX.)

Cela étant, on comprend que, dans des circonstances où quelque doute eût pu s'élever sur les sentiments de l'homme envers la femme qu'il allait prendre pour compagne, des personnes, tenant à ce que leur fille ne fût pas considérée comme une concubine, durent exiger l'accomplissement de certains actes qui, ne pouvant se produire qu'à l'occasion d'un *justum matrimonium*, attesteraient la qualité d'*uxor* conférée à leur fille. Une constitution de dot, n'ayant jamais lieu à propos du concubinat, aurait témoigné que la femme n'était pas une concubine, mais une *uxor*. Aussi, dans Plaute, un frère se révolte-t-il à la pensée que sa sœur pourrait se marier sans dot (*Trinum.*, act. III, sc. II, v. 659 et suiv.) :

Meam vis sororem tibi dem ; suades sine dote : hoc non convenit.
. . . . . .
Nolo ego mihi te tam prospicere, qui meam egestatem leves,
Sed ut inops infamis ne sim ; ne mihi hanc famam disferant,
Me germanam meam sororem in concubinatum tibi,
Sic sine dote dedisse, magis quam in matrimonium.

Cette constitution de dot était généralement relatée, avec beaucoup de soin, dans un *instrumentum dotale*, acte analogue à celui qu'on dresse aujourd'hui pour constater les conven-

tions matrimoniales. La rédaction d'un *instrumentum dotale* aurait suffi pour établir l'existence d'un *matrimonium justum*.

La *ductio domum* dut aussi être souvent requise par la femme ou ses parents, qui ne se souciaient pas de laisser planer un doute sur la nature de l'union à laquelle ils consentaient. Les augures consultés, les sacrifices offerts, la jeune femme, arrachée des bras de sa mère en larmes, était couronnée de fleurs et cachée sous de longs voiles, couleur rouge-orange, légers comme les nues et semblables à ceux portés par les femmes des flamines. Ainsi parée, l'épouse, soutenue de chaque côté par deux jeunes gens revêtus de la robe prétexte, s'avançait vers la maison conjugale au milieu d'un nombreux cortége. En tête marchait un jeune homme, lui aussi *prætextatus* ; il portait à la main une torche enflammée, car la *ductio* avait toujours lieu le soir. Des troupes de jeunes garçons et de jeunes filles alternaient leurs chants, puis répétaient en chœur :

Io hymen hymenæe io,
Io hymen hymenæe !

A l'approche du cortége, la maison conjugale s'ouvrait, et on voyait, dans l'attitude du plus profond respect, les esclaves attendant celle qui, désormais, allait leur commander en souveraine. Arrivée à la porte de sa nouvelle demeure, la jeune femme oignait d'huile cette porte, l'ornait de bandelettes, et s'abandonnait ensuite aux matrones pour être processionnellement conduite à la chambre et à la couche nuptiales.

Jamais rien de pareil n'avait lieu pour la concubine. La *ductio domum* constatait donc la qualité d'*uxor*, accordée par le mari à la femme. Des cérémonies religieuses, exclusivement applicables au *matrimonium*, telles que la *confarreatio*, l'*aquæ et ignis acceptio*, etc., auraient également prouvé que la femme n'était pas une concubine. Mais tout cela ne fait pas que le mariage ne soit en lui-même un acte purement consensuel et indépendant de toutes les cérémonies accessoires que la vanité, la prudence ou un sentiment religieux pouvaient suggérer. Le consentement, il est vrai, pouvait souvent, dans ces circonstances, être subordonné à l'accomplissement d'actes convenus ; mais, encore une fois, aucun d'eux n'était essentiel à la formation du mariage.

Ces préliminaires me rendront facile la réfutation des principaux arguments produits en faveur de l'opinion que je crois devoir rejeter. Prenons le fragment 5, *De ritu nuptiarum ;* nous y voyons que la femme peut être conduite chez son mari absent. Assurément ! la *ductio* peut avoir lieu avec tout l'éclat, toute la pompe imaginable, sans que le mari soit là pour recevoir sa femme. La *ductio* opérée, même en l'absence du mari, n'en déterminera pas moins le rang que la femme vient tenir dans sa nouvelle demeure. En sens inverse, la *ductio* ne pourrait pas avoir lieu si la femme n'était pas présente : on ne peut conduire un absent chez quelqu'un.

Le fragment 6, au même titre, n'est pas plus concluant que le fragment 5. Si une femme a été reçue dans la maison de son mari absent et si celui-ci vient à mourir avant qu'il y ait eu rapprochement entre eux, la femme n'en devra pas moins pleurer son mari, car le mariage a réellement eu lieu ; et, en effet, la femme *ducta* est nécessairement une femme mariée, puisqu'il n'y a pas de *ductio* sans *matrimonium justum*. Ce texte ne dit pas que la femme n'eût pas eu à porter le deuil de son mari, s'il n'y avait pas de *ductio domum ;* il dit qu'elle devra certainement le porter, la *ductio domum* ayant eu lieu. Ces deux textes ne prouvent donc nullement que le mariage résulte de la *ductio domum*.

L'argument que l'on tire du premier paragraphe du fragment 66 (*De donationibus inter virum et uxorem*) va tomber comme les précédents. Il s'agit évidemment, dans ce paragraphe, d'un mariage qu'on avait subordonné à l'accomplissement de certaines formalités. La jeune fille se trouve déjà dans la propriété de son futur époux, elle habite un appartement séparé. Avant l'accomplissement de certaines cérémonies convenues, elle reçoit un présent de celui dont elle doit être la femme. La donation est déclarée valable ; car, conformément aux principes, le donateur et le donataire ne sont point encore époux. Si jamais argument fut risqué, c'est bien celui que les partisans de la *ductio domum* tirent de ce paragraphe, car il est réfuté d'avance par le principium même du fragment. « Seïa, voit-on dans ce principium, devait épouser tel jour Sempronius. Avant qu'elle ne fût conduite à la maison conjugale, et avant que les *tabulæ dotis* ne fussent signées, elle fait un pré-

sent à Sempronius. » Scævola se demande si la donation sera valable, et il répond : « Non attinuisse tempus, an, antequam domum deduceretur, donatio facta esset, aut tabularum consignatarum, quæ plerumque et post contractum matrimonium fierint, in quærendo exprimi : itaque nisi ante matrimonium contractum, quod consensu intellegitur, donatio facta esset, non valere. »

Quoi de plus explicite? Il n'y a à s'occuper ni de *ductio*, ni d'*instrumentum dotale*, car le mariage est le résultat du consentement.

Il suffit de lire jusqu'au bout le fragment 15 du titre *De conditionibus et demonstrationibus*, pour y trouver la réfutation des arguments qu'on en tire. Il se termine par cette phrase, présentée en manière d'axiome : « Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit. »

Enfin le fragment de Modestin peut se ramener à cette grande vérité : consentir à contracter mariage, ce n'est pas avoir contracté mariage.

D'éminents jurisconsultes, qui ne font pas de la *ductio domum* une condition absolue du *matrimonium justum*, pensent que la femme doit, au moins, avoir été mise, d'une manière quelconque, à la disposition du mari, s'être trouvée, n'importe comment, en la possession de ce dernier.

La plupart des textes que je viens de réfuter sont invoqués dans ce système. On ajoute en sa faveur que le concubinat ne résulte pas du seul consentement, qu'il n'existe que lorsque l'homme a eu la concubine en sa possession; on prend note du principe que le *matrimonium* ne diffère du concubinat que par l'*affectus*, et l'on conclut que le *matrimonium*, comme le concubinat, exige, pour sa formation, autre chose que le consentement.

Le syllogisme est en forme; il serait irréfutable, si la majeure était prouvée; seulement il reste à démontrer que le concubinat ne peut pas résulter du simple consentement. Quant à moi, je le conçois parfaitement, ainsi que les justes noces, comme une relation purement consensuelle. Un patron fait savoir à son affranchie qu'il la veut prendre pour concubine; elle accède à ce désir : pour nous dès lors existe le concubinat, comme existe-

rait un *matrimonium*, dès que deux personnes auraient consenti, même par correspondance, à être unies en mariage.

Mais le principal argument à l'appui du système d'après lequel la femme doit avoir été mise à la disposition du mari, se tire d'un fragment d'Ulpien et d'un fragment de Marcien (les fragm. 9 et 25 du titre *De capt. et postl.*) insérés au Digeste. Ces fragments supposent qu'un citoyen romain a été fait prisonnier avec sa femme. Ils continuent de vivre ensemble, ils ont même des enfants en captivité. Plus tard, toute cette famille étant revenue dans l'empire, le père, aux termes des rescrits de Sévère et d'Antonin, aura, sur les enfants nés en captivité, la puissance paternelle. Pourquoi ? Parce que, dit-on, le mari, dans l'espèce, n'a pas cessé d'avoir la femme à sa disposition, ce qui a permis au mariage de persister. La possession de la femme par le mari, c'est là le fait constitutif du mariage : et cela est si vrai, que la femme d'un captif, quand elle reste à Rome, cesse d'être mariée, malgré l'expression la plus positive de sa volonté contraire. « Captivi uxor, dit Tryphoninus, tametsi maxime velit, et in domo ejus sit, non tamen in matrimonio esset. » (Fragm. 12, § 4, *De capt. et postl.*, Dig.) Si le consentement des époux ne peut maintenir le mariage en cas de captivité, comment soutenir que le seul consentement suffise pour former le mariage? Il n'y a donc pas mariage, quand la femme n'est pas à la disposition du mari.

Je n'admets pas du tout ce raisonnement. Voici, selon moi, ce qui s'est en réalité passé : Le mari et la femme, d'après les fragments d'Ulpien et de Marcien, sont devenus esclaves, seulement ils n'ont pas été séparés, et ont persisté dans leur ancienne affection l'un pour l'autre. Or, le mariage proprement dit, c'est-à-dire la *maris ac feminæ conjunctio*, est du *jus naturale* : il constitue une relation parfaitement régulière et valable, même entre esclaves. Dans ce dernier cas, le droit civil l'appelait *contubernium*, et il lui reconnaissait les effets qui naissent du droit naturel. Ce *contubernium*, ce fait, que la fiction du *postliminium* serait impuissante à produire car elle n'agit que sur les abstractions et les droits, a réellement eu lieu. Au bout d'un certain temps, quand le captif et sa famille reviendront sur le territoire de l'empire, alors on leur appliquera le bénéfice du *postliminium*, les deux époux seront réputés n'avoir jamais

été esclaves, ils seront considérés comme n'ayant jamais cessé d'être citoyens romains, ils auront toujours été réellement en *matrimonium*, et, par l'effet de la fiction en *matrimonium justum*, leurs enfants auront qualité de *justi liberi* et seront censés s'être toujours trouvés sous la puissance de leur père.

Le fragment de Tryphoninus ne vient pas à l'encontre de ce que j'avance. Lorsque la femme du captif est restée à Rome, le mariage n'existe plus : le droit civil, qui reconnaît le *contubernium* entre esclaves, n'admet aucune union entre un esclave et une femme libre ; et si plus tard le captif revient, le *postliminium* ne fera pas considérer comme ayant toujours existé le mariage qui a été rompu. Les deux anciens époux pourront se remarier de nouveau, mais leur précédente union aura été irrévocablement dissoute. Est-ce parce que le consentement est insuffisant pour maintenir le *matrimonium* et conséquemment pour le former ? Point du tout ! C'est uniquement parce que la volonté la plus manifeste d'une femme libre, d'être en *contubernium*, est méconnue et réprimée par le droit civil (loi unique, *De mulier. quæ se*, Cod.). Je persiste donc à croire que les *justæ nuptiæ* résultent du seul consentement. Comment, du reste, en douter en face de l'affirmation des empereurs Théodose, Valentinien et Justinien, et des jurisconsultes Ulpien et Scævola ? (L. 8, pr. et L. 11, pr. *De rep. et jud.*, Cod.; nov. 22, ch. III et 74, ch. IV ; fragm. 30, *De reg. jur.*; 15, *De cond. et demonst.*; 32, § 13 et 66, pr., *De don. int.*, Dig.)

Enfin, observation qui, je crois, n'a jamais été faite : les relations formées *re* ne se dissolvent point par le consentement ; donc si le *matrimonium justum* était une de ces relations, il ne suffirait pas pour la rompre que l'un ou l'autre des deux époux manifestât d'une manière quelconque sa volonté de divorcer ; nous savons cependant que le simple dissentiment de l'un d'eux suffisait pour mettre fin à l'union qui lui devenait insupportable. La loi Julia *De adulteriis* exigea, il est vrai, la présence de plusieurs témoins ; mais ce n'était là qu'une constatation de la volonté que les époux avaient de divorcer, et non une contre-partie soit de la *ductio domum*, soit d'une tradition quelconque de la femme. Si l'existence des *justæ nuptiæ* avait dépendu de la *ductio domum*, ou de la mise de la femme à la disposition du mari, le droit romain n'aurait pas manqué de subordonner leur dissolu-

tion à l'accomplissement de quelques cérémonies ou de quelques faits analogues, mais inverses ; si le mariage n'était pas consensuel, il ne se dissoudrait point, par exemple, comme le contrat de société auquel met fin le *dissensus* d'un des associés. *Dissensus, discidium !*

Tout ce que je viens de dire s'applique évidemment au concubinat, puisque *concubina ab uxore solo dilectu separatur*. Ma dernière remarque offre surtout de l'intérêt, en ce qui concerne le concubinat, qui a toujours cessé, au dire de tous les auteurs, à la volonté de l'une des parties. Affirmons donc, avec Connan, que le concubinat se forme comme il se dissout, *solo consensu* (Conn., liv. VIII, ch. XIII).

D. PILETTE,
Docteur en droit.

(*La suite au prochain numéro.*)

PRÉCIS HISTORIQUE

DE

L'ORIGINE ET DU DÉVELOPPEMENT

DE LA

COMMUNAUTÉ DES BIENS ENTRE ÉPOUX.

(Suite.)

DEUXIÈME SECTION.

II. — Origine de la communauté des biens entre époux.

CHAPITRE Ier.

CAUSES GÉNÉRALES DE LA COMMUNAUTÉ. — ÉPOQUE OU ELLE FUT, POUR LA PREMIÈRE FOIS, RECONNUE PAR LES LOIS.

Nous avons essayé de montrer, dans la section précédente, que la communauté des biens dans le mariage n'a existé ni chez les Orientaux, ni chez les Grecs, ni chez les Romains. Les causes en ont été indiquées. Nous allons maintenant donner un aperçu succinct de la première apparition de la communauté des biens, pour étudier ensuite le développement du régime de la communauté d'après les anciennes lois de notre patrie.

Les peuples germains sont, comme nous l'avons fait observer, les premiers qui aient adopté la communauté des biens. Elle est en général la marque caractéristique de toutes les législations fondées sur les principes du droit *germanique*, tandis qu'une séparation absolue entre les biens du mari et ceux de la femme caractérise le mariage des Romains. C'est principalement dans le Nord que la communauté des biens s'est développée dans une indépendance complète de la législation romaine. Elle y constitue, de nos jours encore, la norme du régime des biens conjugaux, tandis qu'en Allemagne, en France et en Suisse, elle n'a pu subsister, jusqu'à nos jours, *qu'à côté* du régime dotal des

Romains. Le fait que la communauté des biens existe encore en Espagne et en Portugal, quoique la législation de ces deux États repose principalement sur une base romaine, peut être considéré comme un lointain souvenir des peuplades germaniques qui jadis conquirent ces contrées.

Dans une recherche sur l'origine de la communauté des biens, il est nécessaire de fixer son attention sur deux circonstances, savoir :

1° Les causes générales qui l'ont provoquée, et

2° La date de la naissance de ce principe.

A l'égard des causes générales qui ont provoqué la naissance de la communauté des biens entre époux, il est clair qu'une telle communauté ayant été une institution inconnue chez les nations les plus civilisées de l'antiquité, l'origine de cette institution, de date très-ancienne chez les nations germaniques, n'a pu dépendre d'un simple hasard. Il doit exister une cause interne, intimement liée tant avec l'idée même du mariage, qu'avec les autres bases de l'organisation de la famille et la position que la femme fut appelée à y occuper.

Nous avons rappelé plus haut que l'organisation de la famille romaine était de nature politique. Chez les peuplades germaniques, la famille avait aussi une importance de cette nature[1], quoique d'une portée toute différente. Ce fut le lien de parenté et non le principe de la *patria potestas*, qui constitua la famille germaine. Elle se présentait comme une unité organique, comme une société en miniature, constituant la base de l'État, et renfermant tous les individus que les liens du sang rattachaient à une origine commune. En vérité il n'existe pas de lien plus fort entre les hommes que celui de la communauté du sang. Elle est, non-seulement, l'élément social le plus actif, mais elle est encore le premier en date, et précède tous ceux qu'amène successivement le développement de la vie sociale. La famille germaine formait une association dont tous les membres étaient tenus, dans les relations extérieures, à une défense commune contre des ennemis communs, au redressement des torts faits à

[1] Cf. Laboulaye : *Condition des femmes*, p. 78 ; — Sachse : *Historische Grundlagen des deutschen Staats- und Rechtslebens*. Heidelberg, 1844, p. 452, 458 et suiv. — Mittermaier : *Grundsätze des Deutschen Privatrechts*. Ratisbonne, 1847 (7me édit.), II, § 359.

un membre de la famille, et au secours de celui de ses membres placé sous le poids d'une accusation criminelle. Dans ses relations intérieures, la famille germaine devait aide et protection à ceux de ses membres que leur faiblesse naturelle empêchait de se suffire à eux-mêmes. Les membres *actifs* de la famille étaient ceux qui pouvaient satisfaire à ce double *devoir;* c'étaient les *hommes* en état de porter les armes. les pères de famille ; les membres *passifs* étant ceux qui avaient besoin de protection, les femmes et les enfants. Les devoirs des hommes leur conféraient des *droits* correspondants. Les devoirs impliquant au besoin la protection et la défense de la *personne* et des *biens,* les droits qui y correspondaient, devaient se manifester sous la double forme de tutelle des personnes et d'administration de leurs biens.

La femme mariée était donc sous l'autorité du mari, tout comme la fille sous la tutelle de son père ou de ses agnats. Avec tout cela, la femme germaine occupait dans la famille une position infiniment plus digne qu'en Orient, dans l'ancienne Grèce et à Rome[1]. En Orient, elle n'était et elle n'est encore qu'une partie des biens du mari. Les lois de l'ancienne Rome la soumettaient, soit à la puissance paternelle, soit à la *manus*. Or il existe une bien grande différence entre la *patria potestas* ou la *manus* et l'autorité (*mundium*) du père de famille ou de l'époux chez les Germains. Cette dernière n'était, à la rigueur, qu'un pouvoir fondé sur un *devoir* correspondant, avantageux, pour cette raison, tant à celui qui jouissait de la protection, qu'à celui qui la donnait. Cette autorité n'excluait ni ne détruisait l'idée de la capacité civile de la femme, mais en emportait au contraire l'entière reconnaissance, car c'étaient justement les droits de la femme que le mari devait protéger. La preuve de cette position plus relevée de la femme chez les Germains méridionaux est déjà donnée par Tacite, et nos sources historiques en fournissent une tout aussi complète pour les Germains septentrionaux ou les peuples scandinaves. Tacite parle de la femme mariée comme partageant avec l'homme non-seulement les travaux et les peines de la vie usuelle, mais encore les périls de la guerre[2].

[1] Mittermaier, *ut s.*, II, § 374.

[2] *De moribus Germanorum*, cap. XVIII... « Ipsis incipientis matrimonii « auspiciis admonetur, venire se *laborum periculorumque sociam*, idem in « pace, idem in prælio, passuram ausuramque, etc. »

Des peuples, chez lesquels le mariage était considéré comme une union intime entre époux partageant un sort commun ; où la femme, exerçant une administration plus libre dans l'économie domestique[1], participait activement aux efforts tendants à la prospérité de la famille ; où, par conséquent, il était reconnu à la femme une certaine égalité vis-à-vis de l'homme, ces peuples-là ne devaient pas être entièrement étrangers à l'idée d'une participation de l'épouse, sinon à tous les biens, du moins à ceux acquis par le travail et la sagesse des deux époux. *Ainsi, l'origine de la communauté des biens entre époux doit être à coup sûr cherchée dans cette acception relevée du mariage, et dans les rapports existants entre l'épouse et son mari.* Mais d'autres causes ont assurément contribué dans le cours des siècles à la naissance de cette institution. L'une d'entre elles, la principale, a été l'idée de l'unité de la famille, en vertu de laquelle les biens-fonds hérités étaient censés appartenir à la famille entière ; à cette idée devait se rattacher étroitement celle d'une communauté des biens entre époux, et le principe, passé à l'état d'axiome, que les membres de la famille qui étaient à même pain et pot devaient aussi, en conséquence, partager le produit des travaux communs ; aussi voit-on, chez quelques tribus germaines, les fils avoir une part aux biens du père, déjà même du vivant de ce dernier ; enfin, l'autorité tutélaire (*mundium*) du mari sur la femme, en vertu de laquelle les biens propres de celle-ci passaient sous l'administration de son époux[2], impli-

[1] Tacitus, *ut s.* « Domus et penatium curam fœminis delegatam, etc. » Les peuples du Nord appelaient l'autorité de la femme dans l'intérieur de la maison, *râd innanstock*. Voir Thorlacius : *Borealium veterum matrimonia*. Hafniae (*Copenhague*), 1784, p. 104.

[2] Mittermaier : *Grundsätze des deutschen Privatrechts*, II, §§ 384 et 385, admet que c'est principalement de l'idée du *mundium* du mari que s'est développé le principe de la communauté. — Laboulaye : *Condition des femmes*, p. 375, y fait l'objection suivante : « Pour l'Allemagne, on donne généralement à la communauté une autre origine, et on la fait dériver *d'un adoucissement du mundium*. Il est bien certain que le *mundium* comme la *manus* romaine a confondu tous les biens de la femme dans ceux du mari, et ainsi a établi une masse indivise dont le mari s'est trouvé le seul administrateur ; mais ce n'est pas le *mundium qui a établi le droit de la femme sur la masse*. — Je ferai remarquer que le développement de l'industrie, seule raison sur laquelle on s'appuie pour expliquer l'adoucissement du *mundium*, ne me paraît pas suffisante pour expliquer le change-

quait déjà, à quelques égards, une communauté extérieure ou formelle ; toutes ces circonstances réunies avaient habitué à l'idée d'une propriété commune, et devaient nécessairement conduire à la réalisation lente mais sûre d'une communauté matérielle des biens entre époux. Le fait que le mariage germanique était, d'après la règle, une monogamie exclusive [1], prouve en outre que les mœurs des Germains *contenaient déjà le germe de l'égalité entre les époux, dont la communauté des biens est une expression positive et réelle.*

Ce que nous venons de dire nous paraît renfermer *les causes générales de la naissance de la communauté tant chez les Germains du Sud que chez ceux du Nord.* D'autres causes, d'une nature particulière, y ont aussi contribué chez différentes tribus, mais nous croyons pouvoir ou les passer sous silence, ou n'en parler que plus tard, quand elles seront amenées par le sujet.

Que l'on nous permette toutefois de faire observer, comme complément à ce qui vient d'être dit sur cette matière, que même l'origine *germanique* de la communauté a été mise en question. Quelques anciens jurisconsultes français ont voulu lui donner le *droit romain* pour origine [2]. Ils ont supposé que les

ment qui se fit dans la position de la femme. » Laboulaye nous paraît avoir pleinement raison sur ce point, car la communauté des biens ne peut être déduite de la *seule* idée du *mundium* du mari. Avec Laboulaye est d'accord Troplong : *Du contrat de mariage*, p. CXL-CXLII, ajoutant : « Le *mundium* n'a pas plus engendré la communauté que la *manus*. » — Kœnigswarter : *Etudes historiques sur le droit civil français* (*Revue de législation et de jurisprudence*, XVII (1843), p. 432), cite deux causes principales de la naissance de la communauté, savoir le *mundium* du mari et l'émancipation de la femme dans la famille : « L'une (de ces causes), puisée dans les usages mêmes, était le *mundium* marital ; l'autre, favorisée par le christianisme et la marche de la civilisation, était l'émancipation de la femme. »

[1] Tacite, *ut s.*, chap. XIX : « Sic *unum* accipiunt maritum, quomodo « *unum corpus unamque vitam*. ..... Exceptis admodum paucis qui non « libidine, sed ob nobilitatem plurimis nuptiis ambiuntur. » — La polygamie n'a pas été non plus inconnue dans le Nord ; la preuve en est la défense contenue dans la *Grágás* : Arfa-Þ (section des successions), 4 (I, p. 181) d'avoir deux femmes à la fois ; de même, l'*ancienne loi de Gulathing*, 25 (Collection des anciennes lois de la Norwége, *Norges gamle Love*, publiée par Keyser et Munch. Christiania, 1846, I, p. 16), et l'*ancienne loi du Frostathing*, III, 10 (I, p. 151).

[2] Laurière, Boubier, etc.; voir Odier : *Traité du contrat de mariage*, I, p. 34. Giraud : *Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge*. Paris,

Germains-Francs avaient appliqué les dispositions du droit romain sur la *societas* au régime des biens entre époux. Cette opinion n'a pas besoin d'être réfutée. D'autres jurisconsultes français ont par contre cherché l'origine de la communauté des biens dans les sources du droit gaulois ou dans certaines coutumes féodales[1]. Nous verrons plus loin que ces hypothèses reposent sur de fausses prémisses.

Quant à la date de la naissance de la communauté, il existe chez les savants un grand nombre d'opinions contradictoires, tant à l'égard *du temps où cette communauté apparaît pour la première fois, que de celui où elle peut être considérée comme définitivement consacrée par la coutume ou par la loi.* Tous paraissent cependant admettre désormais que, chez les peuples germains, la communauté des biens entre époux *n'était pas* en usage dans les temps les plus reculés. Cette opinion est sans doute la seule juste, car les plus anciennes sources n'indiquent nullement une communauté des biens entre le mari et la femme. Il est en outre probable que chez ces peuples, comme chez toutes les nations barbares, la femme était, dans les temps primitifs, tellement subordonnée au mari, qu'aucune communauté des biens n'était possible. On doit se rappeler que la participation de la femme à une propriété commune présuppose toujours une certaine égalité de droits entre l'homme et la femme, égalité qui n'existait pas dans le principe, et ne s'est que lentement développée avec les progrès de la civilisation. Si l'on voulait, du seul récit de Tacite sur les mœurs des Germains, inférer que déjà, dans le premier siècle après Jésus-Christ, la communauté des biens y était

1846, I, p. 56, dit aussi que déjà les Romains connaissaient la communauté des biens entre époux. Voici les propres paroles de l'illustre auteur : « Lorsque le système de la *manus* ancienne eut été adouci, la théorie du mariage romain se trouva changée, et l'union conjugale fut considérée comme une véritable association entre les époux, applicable aux intérêts civils comme aux vicissitudes morales de la vie privée. Dès lors, la pratique d'une *communauté ou société de biens entre époux* s'introduisit dans les mœurs romaines. Elle eut toujours, il est vrai, aux yeux des Italiens, un certain caractère de singularité qui en empêcha le développement ultérieur ; mais elle obtint l'approbation des jurisconsultes, et les doctrines du droit s'y adaptèrent promptement. »

[1] Voir en outre, à cet égard, la note 1 de la page 273, et la note 2 de la page 298.

d'usage général, cette conclusion serait prématurée On ne pourra assurément jamais préciser avec exactitude l'époque où la communauté fut consacrée pour la première fois par la coutume, ou reconnue comme fondée sur le vœu pur et simple de la loi. Le développement des institutions légales pendant le moyen âge, a eu lieu principalement par la voie de la tradition orale, et n'a pas été simultané chez les différents peuples. Dans le principe, la communauté des biens ne paraît avoir reposé que sur une *convention ;* c'est ce que démontrent, du moins, les anciennes sources du droit scandinave. Cet état de choses paraît avoir longtemps continué, et l'usage de ces conventions ne semble s'être établi que lentement, jusqu'à ce qu'enfin on se fût habitué à considérer certains biens comme toujours communs avec une quote-part déterminée pour chacun des époux, même dans le cas où aucune convention n'avait eu lieu.

Les plus anciennes traces d'une communauté des biens entre époux consacrée par la coutume, se trouvent, selon nous, de bonne heure déjà, chez les Germains méridionaux, dans trois recueils de lois appartenant aux *Lois* dites *des Barbares* (*Leges Barbarorum*), rédigées entre le septième et le neuvième siècle de notre ère. Ces lois sont : la *Loi des Wisigoths* (*Lex Wisigothorum*[1]), la *Loi Ripuaire* (*Lex Ripuariorum*[2]) et la *Loi des Saxons* (*Lex Saxonum*[3]). Comme coutume générale, on ne peut toutefois la faire remonter plus loin qu'au treizième siècle, en Allemagne et en France[4]. Elle paraît aussi avoir été connue de très-bonne heure chez les Scandinaves, ce que témoignent les

[1] On regarde cette collection de lois comme datant de la fin du septième siècle. Cf. de Savigny : *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*. Heidelberg, 1816, II, p. 65 et suiv., et Davoud-Oghlou : *Histoire de la législation des anciens Germains*. Berlin, 1845, I, p. 1 et suiv. On croit devoir porter à la fin du sixième siècle la plus ancienne rédaction de ce code (publiée en 1847 par Bluhme, d'après un palimpseste de la bibliothèque de Saint-Germain-des-Près).

[2] Rédigée dans sa forme actuelle probablement sous le règne du roi Dagobert (630-637. Voir Davoud-Oghlou, *ut s.*, I, p. 599-601, et Laferrière, *ut s.*, III, p. 96-97).

[3] On en fixe la rédaction au temps de Charlemagne, environ l'an 802. Voir Davoud-Oghlou, *ut s.*, II, p. 249. Cf. Gaupp : *Recht und Verfassung der alten Sachsen*. Breslau, 1837, p. 43-53.

[4] Mittermaier : *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, II, § 384.

sagas islandaises[1] ; on la trouve même déjà reconnue par la loi dans les plus anciennes sources du droit scandinave, la *Grágás* islandaise[2], et la *Loi norwégienne du Gulathing, du Roi Hakon, fils adoptif d'Adelstein* (*Kong Håkan Adelsteins fostres Gulathings Lov*[3]). Suivant la *Loi d'Upland* (*Uplands Lag*[4]), section des Successions (*Ærf. Balker*), 3, pr., le roi saint Eric († 1160) doit avoir sanctionné comme loi générale du Svealand la communauté des biens meubles probablement déjà en usage alors, avec deux parts pour le mari et une part pour la femme. La communauté des biens aurait donc été, si l'on peut ajouter foi aux données de la *Loi d'Upland*, sanctionnée chez nous par la loi dans la seconde moitié du douzième siècle. Mais si les *traces les plus reculées* d'une communauté des biens sont de date plus ancienne chez les Germains du Sud que chez ceux du Nord, c'est toutefois chez ces derniers, chez les peuples scandinaves, que la communauté des biens entre époux a été reconnue en tout premier lieu comme la norme du régime des biens conjugaux. C'est ce que nous allons chercher à établir dans les chapitres suivants.

CHAPITRE II.

PREMIÈRES TRACES DE LA COMMUNAUTÉ DES BIENS ; SON DÉVELOPPEMENT DANS LES LOIS DES GERMAINS MÉRIDIONAUX.

Nous avons indiqué les causes générales qui ont amené la naissance de la communauté des biens entre époux, et l'époque à laquelle cette communauté fut généralement reconnue et sanc-

[1] Niáls *Saga*, Hafniae, 1809, chap. II et XIII. — Laxdaela *Saga*, Hafniae, 1826, chap. XXXIV.

[2] La première rédaction orale du droit islandais fut faite par le « lagman » *Ulfjótr* en 930. La rédaction par écrit n'en eut lieu qu'environ deux siècles plus tard, par le « lagman » *Bergþorr* et Halfliđ Maurson, dans les années 1118 et 1117 ; voir Schlegel : *Commentatio historica et critica de codicis Grágás origine*, etc.., Hafniae, 1829, I, p. XXIV-V. — Cf. Finsen : *Fremstilling af den islandske Familjeret efter Grágás* (*Annaler for Nordisk Oldkyndighet og Historie*, 1849, p. 175 et suiv.).

[3] Est considérée comme ayant été rédigée en 940, mais contient plusieurs préceptes de date postérieure.

[4] Rédigée à la fin du treizième siècle, et sanctionnée par le roi *Birger Magnusson* en 1296.

tionnée par la loi. Nous allons maintenant, avant de passer à l'histoire de cette institution d'après les sources du droit suédois, en donner un aperçu succinct d'après les anciennes lois des Germains méridionaux, et indiquer ensuite les lois actuelles des Etats de l'Europe moyenne et méridionale, dans lesquelles on rencontre encore des dispositions sur la communauté des biens entre époux.

Nous devons toutefois, avant d'entrer en matière, appeler l'attention du lecteur sur les conditions extérieures considérées comme obligatoires chez les Germains de l'Europe moyenne et méridionale pour la convolation en noces légitimes. La connaissance de ces conditions est nécessaire, car elles sont intimement liées aux effets juridiques du mariage.

Ces conditions, les voici, d'après les *Leges Barbarorum* et les sources de droit contemporaines :

1° Des fiançailles (*desponsatio*) conclues avec de certaines formalités.

2° La donation, ou la promesse faite par le prétendant, d'une somme en espèces ou de biens d'une certaine valeur.

3° La tradition solennelle de la fiancée.

Ces conditions indiquent à elles seules une différence très-considérable entre les mœurs romaines et les mœurs germaines à l'égard du mariage [1]. Les Romains voyaient, dans la célébration avec de certaines solennités, la condition nécessaire du mariage rigoureux avec la *manus*, tandis que dans le mariage libre, cette condition était la dot constituée par le père ou par un agnat qui y était obligé par la loi. Chez les peuples germains, par contre, les *fiançailles*, le *payement de la somme dite de l'achat de la fiancée*, et la *tradition solennelle de cette dernière*, étaient les conditions essentielles de l'union légitime.

Nous avons rappelé plus haut que l'organisation de la famille germaine était d'une nature politique, et que tous les mâles majeurs de la famille se regardaient comme liés à une défense commune contre des ennemis extérieurs, et à un secours commun dans toutes les affaires intérieures de cette intime association. Chaque famille formait à cet égard vis-à-vis des autres une unité

[1] Cette différence n'a pas échappé à la perspicacité de Tacite, lequel dit, *ut s.*, chap. XVIII : « Dotem non *uxor* marito, sed uxori *maritus* offert. »

absolue, avec les parties constituantes de laquelle on ne pouvait entrer dans une relation plus ou moins intime sans que cette circonstance intéressât la famille entière.

Il est évident que le mariage par lequel une union plus intime devait se conclure entre membres de deux familles différentes, intéressait également toutes les deux. C'était donc une affaire de famille, qui ne pouvait dépendre de la seule volonté de l'homme et de la femme. La femme non mariée se trouvant toujours, comme nous l'avons dit déjà, sous la tutelle de son père ou de ses agnats, *son* assentiment à une demande en mariage ne pouvait suffire à lui seul. Le prétendant devait donc en premier lieu chercher à se procurer le consentement du tuteur dont elle dépendait, ainsi que l'approbation des autres membres de la famille. De riches présents étaient sans aucun doute le moyen le plus efficace, et, par conséquent, le plus en usage dans ce but. Les parents avaient coutume de s'assembler ensuite en une espèce de conseil de famille (conseil des fiançailles [1]), pour fixer les détails de la convention ; on stipulait par contrat toutes les conditions moyennant lesquelles le père ou le *sponsor* consentait au mariage [2] ; on fixait enfin la somme d'argent ou de biens que le prétendant devait payer ou promettre pour son épouse. Il est probable qu'on réglait encore à cette occasion les droits futurs de la femme dans la masse, surtout pour le cas où

[1] Non-seulement les parents mâles de la *femme*, mais encore ceux de l'*homme* étaient présents. C'est ce que montre clairement la loi salique, LXX (Walter, *Corpus juris germanici antiqui*, Berlin, 1824, I, p. 87) : « Si « quis filiam alienam ad conjugium quæsierit præsentibus *suis* et *puellæ* « *parentibus*, etc. »

[2] La naissance et la position sociale du mari n'étaient pas les moins importantes de ces conditions. Cette importance est démontrée par la *Loi des Wisigoths*, III, 1, 7 : « De puella vero, si ad petitionem ipsius, is qui nata- « libus ejus *videtur æqualis* accesserit petitor, tunc *patruus sive fratres* « *cum proximis parentibus conloquantur, si velint suscipere petitorem* : ut « aut communi voluntate jungantur, aut communi judicio denegetur. » — III, 1, 8 : « Quod si rursus nil fratres contra sororem meditentur adver- « sum, et idcirco morentur, *ut sorori provideant digniorem*, et illa, *hones-* « *tatis suæ oblita, personæ suæ non cogitans statum*, ad *inferiorem* forte « maritum devenerit, etc. » — Cf. *Lex Alamannorum*, LVII, où il est statué que la femme libre qui se marie avec un serf (*colonus*) perd son droit à la terre paternelle. « *Non intret in portionem terræ*, quia *sibi* « *cœquali non* nupsit. »

le mari viendrait à décéder le premier. La convention même du mariage reçut, par la stipulation et le payement de la somme, *la forme d'un véritable achat*[1]. Que cela ne nous étonne pas : personne n'ignore qu'il est d'usage, chez les peuples barbares, de rendre toute convention importante comme palpable par le moyen de formes extérieures. De toutes les conventions appartenant à la vie journalière, aucune n'est assurément plus importante que l'achat. Aussi considérait-on, sans aucun doute, la forme de l'achat comme se rapprochant le plus de la convention matrimoniale, sans que toutefois il en résultât nécessairement que la fiancée fût considérée comme une marchandise constituant l'objet d'une transaction de ce genre. On en vint donc à procéder dans les conjonctions matrimoniales comme dans les actes d'achat. La somme stipulée y fut un gage de l'honnêteté des intentions du fiancé ; elle marquait aussi que les parents de la fiancée étaient disposés à entrer avec lui dans des relations intimes[2], en lui confiant un membre de leur famille jusque-là placé sous leur dépendance.

Nous ne devons, toutefois, pas omettre de mentionner les divergences d'opinion qui ont partagé les jurisconsultes sur la question de savoir s'il faut considérer la somme stipulée de la manière susdite comme *un prix pour la personne de la femme*, ou plutôt comme *un dédommagement pour l'autorité tutélaire* (*mundium*[3]) *que le mariage faisait passer des mains du père ou des agnats dans celles de l'époux*. La dernière opinion a généralement prévalu[4]. Quant à nous, nous considérons aussi comme

[1] Les expressions employées dans les lois y font allusion ; ainsi, *Lex Wisigothorum*, III, 1, 2 : « Si pater de filiæ nuptiis definierit, et de *pretio* « convenerit... » Cf. *id.*, III, 4, 7. — *Lex Saxonum*, VII, 3 : « Qui viduam « ducere velit, offerat tutori *pretium emtionis ejus* ; » *id.*, XVIII, 1 : « Lito « regis liceat *uxorem emere* ubicunque voluerit. » — *Lex Burgundionum*, XXXIV, 2 : « Si quis uxorem suam sine caussa dimiserit, inferat ei alterum « tantum, quantum *pro pretio* ipsius dederat, etc. »

[2] Voir note 2, p. 257.

[3] Wilda : *Das Strafrecht der Germanen*, Halle, 1842, p. 800 : « Der ver- « trag näherte sich einem eigentlichen Kaufvertrag, wiewohl *weder die* « *Person selbst noch die Mundschaft als eigentlicher Gegenstand des Kaufes* « *betrachtet werden kann.* »

[4] Cf. Ginoulhiac, *ut s.*, p. 184 ; — Laboulaye : *Condition des femmes*, p. 113 ; — Kraut : *Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts*, Gottingue, 1835, I, p. 172. — Davoud-Oghlou, I, p. XLI. — Mitter-

probable que la somme d'achat (*pretium emtionis*) *n'était pas réellement un payement pour la personne de la femme*, car assurément les Germains ne vendaient pas la femme libre, et ils la traitaient encore moins à l'égal de la femme esclave. Si donc le *pretium emtionis* est mentionné dans plusieurs passages des *Leges Barbarorum* comme un dédommagement pour le *mundium*[1], le but principal de ce *pretium* devait toutefois être *de confirmer le lien d'amitié que le mariage allait établir entre le fiancé et sa famille, d'un côté, et la famille de la fiancée, de l'autre, ainsi que de manifester le sérieux et la sincérité de la demande en mariage*. Aussi est-il dit dans l'une des *Lois des Barbares*, que la somme donnée pour la fiancée, l'était afin de procurer au mariage la dignité (*dignitatem*[2]) nécessaire. Or cette dignité aurait été impossible, si l'on n'avait pas jugé que le payement d'une somme d'argent constituait justement une garantie que l'homme voyait dans la femme une épouse et non une concubine.

Lorsque Tacite parle du mariage chez les tribus germaines, dont il décrit si bien les mœurs, quoiqu'il y ait peut-être un peu d'exagération dans ses tableaux, il le fait d'une manière qui a donné naissance à une autre hypothèse, savoir : que la donation

maier : *Grundsätze des deutschen Privatrechts*, II, § 374 : « Die Behauptung « von der frühern würdigen Ansicht der Ehe leidet auch nicht durch diesen « *Brautkauf, der nicht ein eigentlicher Kauf der Person der Braut war*, « sondern auf der früheren Sitte beruhte, nach welcher die Verwandten « der Braut, die den Vertrag eingingen, vielleicht in der ersten Zeit die « Summe festsetzten, unter welcher sie der Werbung nachgaben, und *das « bisher ihnen zustehende* Mundium *dem Manne übertrugen*. » — Warnkönig (u. Stein) : *Französische Staats-und Rechtsgeschichte*, Bâle, 1848, II, p. 233. — Kœnigswarter : *Histoire de l'organisation de la famille en France*, p. 123, ainsi que les articles du même auteur : *Etudes historiques sur le droit civil français* (*Revue de législation et de jurisprudence*), XVII (1843), p. 402, et *Etudes historiques sur les développements de la société humaine* (même *Revue*), t. XXXIV (1849), p. 158.

[1] *Edictum Rotharis*, CCXVII : « Reddant *pretium*, quod *pro mundio « mulieris* datum est, etc. » — C'est dans les lois des Lombards et des *Allemans* que la somme stipulée est dite donnée « *pro mundio*. »

[2] *Loi des Wisigoths*, qui nomme le don du fiancé pour la fiancée « *pretium*, » « *pretium filiæ*, » « *pretium dotis*, » et même seulement « *dos*. » Chap. III, 2, 9 : « Nam ubi dos data nec conscripta, quod testimonium esse « poterit, in hoc conjugio, *dignitatem* futuram ? »

du fiancé n'était autre chose *qu'un témoignage d'estime envers la fiancée*, indiquant en même temps le devoir futur [1] de cette dernière de partager avec son époux les joies et les peines de la vie. Il ne faut pas donner trop d'importance au texte de Tacite, mais plutôt s'en tenir aux expressions des plus anciennes sources du droit que l'écriture nous ait conservées, les *Leges Barbarorum*. Elles montrent avec une pleine évidence que le prix d'achat ne revenait pas, dans le principe, à la fiancée elle-même, mais à ses *sponsores*. Cette circonstance appuie sans doute l'opinion d'un véritable achat, mais elle ne constitue pas une preuve absolue. On peut, au reste, se faire l'opinion que l'on voudra sur le *pretium nuptiale*, on peut admettre que la somme stipulée était originairement considérée par l'esprit rude des tribus barbares comme une véritable somme d'achat, et la stipulation elle-même comme une stipulation d'achat ; ce qui est certain, c'est que de très-bonne heure le nom et la forme seuls restèrent [2].

[1] *Germ.*, chap. XVIII : « *Dotem* non uxor marito, sed uxori maritus « offert. Intersunt parentes et propinqui ac *munera probant*. Munera non « ad delicias muliebres quæsita, nec quibus nova nupta comatur, sed boves « et frenatum equum et scutum cum framea gladioque. *In hæc munera* « uxor accipitur, atque invicem ipsa armorum aliquid viro affert. Hoc « maximum *vinculum*, hæc arcana sacra, hos conjugales deos arbitrantur. « Ne se mulier extra virtutum cogitationes, extraque bellorum casus « putet, ipsis matrimonii auspiciis admonetur, venire se bellorum pericu- « lorumque sociam, idem in pace, idem in prælio, passuram ausuramque. « *Hoc juncti boves, hoc paratus equus, hoc data arma denuntiant.* » — Ce passage a été l'objet d'interprétations divergentes. — Cf. J. Grimm : *Deutsche Rechtsalterthümer*. Gottingue, 1828, p. 423-24, et Eckardt : *Das Witthum* (*Zeitschrift für deutsches Recht*, X, p. 437-38).

[2] Laferrière : *Histoire du droit*, etc., III, p. 156, admet qu'au temps de Charlemagne, un véritable *achat* de la fiancée avait lieu chez les Saxons : « L'*achat*, dit-il, dans toute sa rudesse, se retrouve encore dans la loi des Saxons, rédigée sous Charlemagne, vers l'an 804 : « *Uxorem ducturus* « *CCC solidos det parentibus ejus.* » Kœnigswarter (*Revue de législation et de jurisprudence*), XXXIV (1849), p. 159, est du même avis : « La loi saxonne contient le principe de l'achat dans sa crudité primitive ; la femme y est réellement achetée, et le prix payé aux parents. » — Mais on pourrait avec toute raison objecter que le montant élevé de la somme, déjà fixé par la loi, paraît indiquer que la signification d'un achat réel ne s'y trouve plus. Car dès que les parties contractantes n'ont plus la liberté de fixer elles-mêmes le prix, il ne faut plus penser à un achat proprement dit. Il est possible, toutefois, que le montant fixé dans la loi saxonne ne soit qu'un maximum. Cf. cependant Gaupp, *ut s.*, p. 218.

L'influence du christianisme sur l'adoucissement des mœurs y dut contribuer pour une très-grande part[1]. Le fait que la somme d'achat fut plus tard fixée *au sou et au denier* (*solido et denario*), comme c'était l'usage chez les Francs Saliens, montre évidemment que l'achat était devenu une simple formalité, et la somme d'achat un symbole[2].

Cette somme fournie par le mari apparaît dans les *Lois des Barbares* sous différents noms, tels que *pretium emtionis*[3], *pre-*

[1] J. Grimm, *ut s.*, p. 126 : « *Preis* und *Gabe*, vermuthe ich, waren anfangs dasselbe; als das christenthum den schluss der ehe von andern bestimmungen abhängig machte, fing die *idee* des kaufs an zu weichen; *das pretium* verschwand oder wurde sogar verboten. »

[2] C'était le cas chez les Francs Saliens à l'époque où la loi salique fut rédigée (la dernière rédaction est du temps de Charlemagne. Voir Davoud-Oghlou : *Histoire de la législation des anciens Germains*, I, p. 455 et suiv.). Lorsqu'un homme épousait une veuve, il ne devait payer que : « *III solidos et I denarium.* » Cette somme *symbolique* d'achat, qui échéait à la famille du premier mari, est nommée dans la loi salique, XLVII, « *reipus.* » — Grimm, *ut s.*, p. 425, donne à ce mot l'étymologie suivante : « Es kann nicht anders sein als unser *reif*, goth. *raips*, ags. *râp*, altn. *reip* (= suédois *rep*, corde); — die bedeutung ist *funis*, *lorum*, *restis*, *vinculum*...; dann könnte *reipus* im allgemeinen *band* ausdrücken, wodurch das verlöbniss *gefestigt*, die braut *gebunden* wird. » — Leo : *die Malbergische Glosse*, Halle, 1843, II, p. 128-30, déclare ce mot d'origine celtique, ajoutant : « *Nicht das Kaufgeld* heisst ursprünglich *reibus*, sondern das Verhältniss, welches abgekauft wird. » Cf. Waitz : *Das alte Recht der Salischen Franken*, Kiel, 1846, p. 111-112 et 292, et en outre Davoud-Oghlou, I, 554-59). — Quand un homme épousait une fille vierge, il ne payait, à titre de somme *symbolique* d'achat, *qu'un sou et un denier* (*solidum et denarium*). Cf. Pardessus : *Loi salique*, Paris, 1843, p. 668. Laferrière : *Histoire du droit*, etc., p. 156-57; — Warnkönig, *ut s.*, II, p. 234. — Gans : *Das Erbrecht*, IV, p. 55-56, nie, au contraire, que le *reipus* et le payement du *sou* et du *denier* aient été un simple symbole, disant : « *Dass* der *Kaufpreis* hier bloss symbolisch gewesen sey — lässt sich nicht annehmen. Denn ein *symbolischer* Kauf setzt schon eine hohe Bildung, die Abstreifung des natürlichen und das Beibehalten desselben als Erinnerung und als Hintergrund voraus. » — Kœnigswarter, *ut s.*, p. 163-64, est du même avis. — Les raisons que donne Pardessus pour l'admission d'un achat symbolique, nous paraissent toutefois plus probables.

[3] *Lex Saxonum*, VII, 3. Voir plus haut, note 1, p. 258.

tium nuptiale[1], *Wittemon*[2], *meta*[3], (*methfio*) *mundium*[4], *reipus*[5], *dos*[6]. La précision avec laquelle les lois statuent à cet égard, montrent suffisamment que le *pretium nuptiale*, ou quelque autre dénomination que l'on donnât à cette formalité, était une condition essentielle du mariage légal[7]. Cette somme, que le prétendant était dans l'obligation de fournir, dut assurément échoir dans le principe au père de la fiancée ou à son *sponsor*[8], tandis qu'elle n'en recevait qu'une faible part. Tel fut, selon toute

[1] *Lex Burgundionum*, LXI.

[2] *Ibid.*, LXIX–LXXXVI, 2; *add.* I, 14; — Kraut, *ut s.*, p. 303, note 11, fait dériver le mot *wittemon* de *wetten*, pacisci, spondere; mais cette dérivation ne nous paraît pas admissible. — Il nous semble plus probable que ce mot est apparenté au scandinave *viþer* (contra) et *mundr* (donum), quoique nous n'osions décider dans cette question.

[3] *Edictum Rotharis*, CLXVII, CLXXVIII, CLXXXII, etc. Voici l'explication que donne Grimm, *ut s.*, p. 422, du mot *meta*, *methium* : « Mêta ist « das ahd. *mieta*, *mietscaz*, agls. *méd*, *medsceat*, d.h. munus, merces, præ« mium. » — Le *pretium nuptiale* est cependant aussi nommé *mundium* (*Ed. Rotharis*, CLXXXIII, CCXVII; *Leg. Luitprandi*, CXXVI). On peut donc se demander si la *meta* (methium) des Lombards n'est pas une contraction de *mundium*, auquel se rattache le scandinave *mundr* (*munus sponsalitium*). Grimm, *ut s.*, p. 449, note *, ne paraît pas vouloir reconnaître de liaison entre *meta* et *mundium*, *mundr*. Mais elle est admise comme certaine par Ihre : *Glossarium Sveo-Gothicum*. *Upsaliæ*, 1769, II, p. 205, et Thorlacius : *Om det gamle Nordiske Lovsprog* (*Kgl Danske Videnskabernes Selskabs Skrifter*. Copenhague, 1793, IV, p. 190). Elle nous paraît très-probable, mais il faut laisser aux philologues la solution de cette question sujette à débats. Quelques codices ont aussi *métfio* pour meta. Davoud-Oghlou, *ut s.*, II, p. 57, émet pour cette cause l'hypothèse suivante : « Ce mot (*meta*) pourrait bien être corrompu du mot *metfio*, c'est-à-dire de *fio*, aujourd'hui en allemand *Vieh*, bétail, argent, comme le mot *pecunia*, et de *met*, *mit*, avec, c'est-à-dire les biens que la femme aura avec elle. » Mais cette interprétation est assurément erronée.

[4] Voir la note précédente. — Grimm, *ut s.*, nie que le mot *mundium* pris dans le sens de payement, se rencontre dans plus d'un passage (*Ed. Roth.*, *CLXXXIII*) de la loi des Lombards. Le fait est qu'on le trouve encore dans deux autres.

[5] Voir note 2, p. 261.

[6] *Lex Wisigothorum*, III, 1, 6; — Kraut, *ut s.*, I, p. 307-10, a démontré que ce qui est nommé *dos* porte, dans d'autres passages de la même loi, la dénomination de *pretium filiæ*.

[7] Cf. Ginoulhiac, *ut s.*, p. 199.

[8] Cf. Grimm, *ut s.*, p. 423; — Ginoulhiac, *ut s.*, p. 188; — Pardessus, *ut s.*, p. 668.

apparence, le cas aussi longtemps que le *sponsor* eut à décider seul du mariage de la femme. Mais à mesure que des mœurs moins rudes exigèrent que la femme elle-même donnât son consentement, elle participa, sans doute, de plus en plus au *pretium nuptiale*. Quelques *Lois des Barbares* montrent déjà que la fiancée recevait de la sorte une partie de la somme stipulée[1], et qu'enfin elle l'obtint tout entière à titre de don nuptial. C'est ce que prouvent évidemment les *Lois des Lombards*[2], d'après lesquelles la *meta* constituait dans le principe un prix d'achat, mais reçut dans la suite la signification de présent[3], remis sans l'intervention d'un tiers par le fiancé à la fiancée.

Enfin toute mention de prix nuptial disparaît, et l'on ne voit plus (*Lois des Allemands*[4] et *des Francs Ripuaires*[5]) qu'une dot (*dos, dos legitima*[6]) donnée sans intermédiaire par le mari à son

[1] Cf. Krant, *ut s.*, I, p. 305 ; — Davoud-Oghlou, *ut s.*, I, p. 409. — Une comparaison entre les chap. LXVI, 1, 2, et LXXXVI, 2, 3, de la loi des Bourguignons, montre que dans certains cas la femme recevait un tiers du *Wittemon*. Cf. Gans, *ut s.*, IV, p. 34; — Laboulaye : *Condition des femmes*, p. 115. — Krant, I, p. 306, remarque avec raison, à ce qu'il nous semble, « dass bei den Burgundern der Vater und der Bruder nicht zur Abgabe « eines bestimten Theils des *Wittemon* an der Braut verpflichtet waren, « sondern es ihrer Liberalität überlassen wurde, wie viel sie geben woll- « ten, während man für entferntere Verwandte in dieser Beziehung we- « nigstens in späteren Zeiten, ein gesetzliches Gebot für nothwendig hielt.»

[2] La collection des lois lombardes se compose de l'*Edictum Rotharis*, rédigé en 643, sous le règne du roi ROTHARIS; des *Leges Grimoaldi* (an 668); des *Leges Luitprandi* (années 712-735); des *Leges Rachis* (an 745), et des *Leges Astulphi* (an 749). — Cf. Davoud-Oghlou, II, p. 7 et suiv.

[3] *Ed. Rotharis*, CLXXVIII : « *Meta* quæ exacta fuerit, sit in potestate « *puellæ* aut mulieris. » *Leg. Luitprandi*, LXXXVIII : « *Si quis conjugæ* « *suæ* metam dare voluerit, etc. »

[4] La *Lex Alamannorum*, est considérée avoir été rédigée par écrit au commencement du huitième siècle. Voir Davoud-Oghlou, I, p. 304.

LV, 1 : « Si quis liber mortuus fuerit, et reliquit uxorem sine filiis « aut filiabus..., sequatur eam *dotis* (dos) legitima, etc. » LVI, 1.

[5] XXXVII : « Si autem per seriem scripturarum ei nihil contulerit... « *quinquaginta solidos in dotem* recipiat. »

[6] Bluntschli, *Rechts-u. Staatsgeschichte Zürichs*. Zurich, 1838, I, p. 104, remarque : « Ob darin (die *dos legitima*) der Kaufpreis zu suchen sey, « welchen der Mann dem Vater der Braut zu entrichten hatte, der durch « die Sitte dann aber dieser überlassen worden wäre, oder ob ein solcher « Kaufpreis noch daneben vorgekommen, wage ich nicht zu entscheiden. « Doch scheint mir das letztere wahrscheinlicher. Aber so viel ist gewiss, « dass diese Brautgabe der Frau gehörte. »

épouse. Quoique cette dénomination de dot fût romaine, elle avait pourtant une tout autre signification que chez les Romains. Dès que s'introduisit l'usage de concéder à la fiancée une partie, puis la totalité de la somme stipulée, l'idée d'achat dut peu à peu disparaître pour s'éteindre enfin totalement. On trouva sans doute plus convenable de fixer à la femme une certaine somme par une convention directe lors des fiançailles, plutôt que de lui préparer le même avantage par un détour. Ces conventions avaient lieu, soit verbalement, par une tradition symbolique[1], soit par écrit (*per libellum dotis*[2]). La dot barbare devint dès lors une condition tout aussi nécessaire du mariage légal, que l'étaient jadis le *pretium nuptiale* et la dot romaine[3]. Quant à la somme, dès qu'un contrat ne l'avait pas fixée, les lois la statuaient, mais n'établissaient assez souvent qu'un maximum[4]. Il semble que l'on soit toutefois parti du principe que la grandeur de la dot devait se proportionner à la famille, la position sociale ou la fortune du mari[5]. De même que la *meta* des Lombards devint, de prix nuptial qu'elle était dans des temps antérieurs, un don immédiat en faveur de la fiancée, de même la dot (*dos*, *dos legitima*) constituée de la sorte par le mari en faveur de son épouse, est, quoique placée sous l'administration du mari, la propriété de la première. A la mort de la femme,

[1] Une tradition symbolique de ce genre était en usage chez les Francs, « *per festucam et andelangum.* » Plusieurs des *formulæ* dites *de Lindenbrog* (*Formulæ Lindenbrogii*, du neuvième au onzième siècle) en donnent des exemples (voir *Form.* LXXV) (chez Walter, III, p. 434). — Cf. Pardessus : *Loi salique*, p. 669. — Pour l'explication de la tradition symbolique « *per* « *festucam et andelangum*, » ainsi que pour l'étymologie du mot « *andelang*, » voir Grimm, p. 196-99.

[2] *Loi Ripuaire*, XXXVII, 1 : « *Tabularum seu chartarum instrumenta.* » Les *Formules de Marculfe*, II, 15, et celles de *Lindenbrog*, LXXV, contiennent le formulaire du *libellus dotis*.

[3] Laboulaye : *Condition des femmes*, p. 119 : « On appliqua à la *dos germanique* les principes qui régissaient la *dos* romaine; le douaire fut une condition du mariage légitime, comme l'avait été la dot. » Ginoulhiac, *ut s.*, p. 197.

[4] *Lex Ripuariorum*, XXXVII, 2. Voir plus haut, note 5 (2e alin.), p. 263. — *Lex Alamannorum*, LV, 2 : « Dotis legitima autem *quadraginta solidis* constat, etc. » — Cf. Pardessus, *ut s.*, p. 683 ; — Warnkönig, *ut s.*, II, p. 255.

[5] *Lex Bajuvariorum*, VII, 14 : « Mulieri autem *dotem* suam *secundum* « *genealogiam* suam solvat legitime. » — *Lex Wisigothorum*, III, 1, 5.

cette dot appartenait à ses enfants ou à ses plus proches héritiers. Quelques capitulaires permettaient toutefois à l'homme de retenir, dans de certaines circonstances, un tiers ou la moitié de la dot. Au reste, le droit de l'épouse sur sa dot présente, dans les différentes lois barbares, des divergences que le manque d'espace nous force de passer sous silence. Mais, en général, l'usage ne paraît avoir reconnu peu à peu à la femme que l'*usufruit* de sa dot, laquelle, d'après la règle, devait retourner, à sa mort, au mari ou aux héritiers de ce dernier[1].

L'influence que l'Eglise exerça pendant le moyen âge, donna naissance à la coutume de conclure les *sponsalia* sous les auspices du clergé, et de fixer en même temps la dot, ou, comme disait la loi, *dos ad ostium ecclesiæ*[2].

[1] Dans les derniers temps, les jurisconsultes se sont partagés sur la question de savoir si la femme obtenait à l'égard de sa dot un vrai droit de propriété ou un simple droit de survie, durant son veuvage. Laboulaye : *Condition des femmes*, p. 131, s'exprime comme suit dans cette question : « Tant que la dot ne consista qu'en choses *mobilières*, elle devint certainement *la pleine propriété de la femme* après la mort du mari. Je dis *après la mort du mari*, car pendant le mariage la femme n'a aucune propriété mobilière distincte ; les biens des deux époux font masse, et le mari seul a sur ses biens un pouvoir absolu. *Si la femme meurt la première, il semble que cette constitution de douaire ne produise aucun effet.* Aucun texte, il est vrai, ne le dit positivement, mais je ne connais aucun diplôme où il soit parlé du douaire d'une femme morte avant son mari. — Quant au douaire immobilier, la formule de *Lindenbrog* (LXXIX), attribue à la femme *la pleine propriété* ; elle est saisie tout aussi bien que par la vente que lui consentirait un étranger. Néanmoins, il est à croire *que son droit de propriété ne passait qu'à ses enfants*, et que dans le cas où la femme mourait sans enfants, le douaire faisait retour aux héritiers du mari. » — Cf. Pardessus, *ut s.*, p. 683-84, et Kœnigswarter, *ut s.*, lesquels se rattachent à la même opinion. — Ginoulhiac, *ut s.*, p. 192-95, dit au contraire que : « La dot ne consistait pas seulement en usufruit, mais en *pleine propriété*, au moins lorsqu'il n'y avait pas d'enfants nés du mariage. Aussi la femme la conservait-elle quoiqu'elle convolât à de secondes noces. — A la mort de l'épouse, la dot était transmise *à ses enfants ou à ses autres héritiers*, à l'exclusion de ceux du mari, alors même que cette mort arrivait pendant la durée du mariage. S'il existait des enfants, le mari n'avait d'autre droit sur la dot que celui de la leur conserver pendant leur minorité. — *La condition de survie n'était donc pas attachée à la dot*, qui constituait, dès lors, *un patrimoine propre et séparé pour l'épouse*, même sous la puissance maritale. *Ce n'était donc pas non plus*, comme l'ont cru la plupart des auteurs, *un droit de viduité ou de succession.* » — Cf. Warnkönig, *ut s.*, II, p. 255-56.

[2] Cf. Ginoulhiac, p. 210 et suiv.; — 325 et suiv.

Les documents postérieurs au neuvième siècle font mention de cette dot sous le nom de *doarium ;* ordinairement elle consistait dans l'usufruit d'un immeuble du mari, et était faite pour l'éventualité de la survivance de la femme. Pendant le mariage, le mari l'administrait, et la femme n'y avait d'autre droit que de pouvoir l'empêcher de disposer, à son détriment, des biens constituant le douaire. Cette dot ou ce douaire paraît avoir été, durant le moyen âge, une condition principale du mariage légitime [1]. Ce fut d'elle que provint plus tard la donation connue en Allemagne sous le nom de *Leibzucht*, *Leibgeding* [2] et *Wittum* [3], en Suisse, sous celui de *Leibding* [4], et que, lors de la convolation en mariage, le mari constituait en faveur de sa femme pour le cas où elle lui survivrait [5]. Cette libéralité consistait ordinairement dans l'usufruit viager d'un immeuble appartenant au mari [6].

[1] Cf. Warnkönig : *l. c.*, II, p. 257.

[2] Cf. Mittermaier : *Grundsätze d. deut. Privatrechts*, II, § 394, émet l'hypothèse que la coutume du *Leibgeding* fut amenée « *durch den alten* « *üblichen Kaufpreise*, und die vom Ehemanne bei Eingehung der Ehe ge- « machten Geschenke. » — Bluntschli : *l. c.*, I, p. 106, dit de même qu'il ne peut contester « dass *das Wittum* ursprünglich mit jener *Brautgabe* (*dos* « *legitima*) gleich bedeutend gewesen sei. » — Eckardt : *das Witthum* (*Zeitschrift für deutsches Recht*, X, p. 457), regarde comme indubitable que « *das Leibgeding* nichts anders als *die alte dos*, nur in neuer rechtgemässer « Gestaltung, ist. »

[3] Mittermaier : *l. c.*, II, § 394, note 3, paraît admettre que le mot « *Wittum* » ne vient pas de « *Wittwe*, » mais de « *widmen*. » — Eckardt : *l. c.*, p. 493, est d'un avis contraire, et soutient que le mot doit s'écrire *Witthum*.

[4] Bluntschli : *l. c.*, I, p. 282.

[5] Ce *Leibgeding* (*dotalitium*) fut souvent confondu, pendant le moyen âge, avec la *donatio propter nuptias* des Romains, ce qui eut pour résultat de faire prendre parfois au *Leibgeding* la signification d'une *rente viagère* que le mari constituait à la femme pour en jouir après la mort du premier, *et qui était en proportion de la grandeur de la dot apportée par la femme*. Mittermaier : *l. c.*, II, p. 394. Le *Leibgeding* (*dotalitium*) est encore actuellement en usage en Allemagne, dans cette signification, mais les dispositions qui s'y rapportent varient suivant les lois des divers Etats. — Eckardt : *l. c.*, p. 487, fait observer à cet égard : « *Fast jedes Particularrecht hat sein* « *eignes dotalitium*, und die Stellung, Bedeutung, und speciellen Eigenschaf- « ten desselben, lassen sich nur im Systeme jedes Particularrechts genügend « angeben und verstehen. »

[6] Le nom de *wittum* (*vidualitium*) est donné de nos jours, pour le distin-

Plusieurs lois barbares mentionnent, outre la *meta* ou la *dos*, un autre don du fiancé à la fiancée, lequel avait sans aucun doute quelques rapports avec le *pretium nuptiale* primitif, si même il n'en constituait pas une partie[1]. C'est le *Morgengeba*[2], *Morgengab*, libéralité à laquelle l'homme s'engageait lors des fiançailles, mais qui, en vertu de la coutume, n'était donnée que le lendemain du mariage, après une nuit de cohabitation[3].

On admet ordinairement que le *Morgengabe* avait dans le principe la signification de *pretium virginitatis*[4]. Il est très-probable que l'on a dans des temps reculés donné une telle signification à ce mot. Mais si, d'après ce que nous avons dit plus haut, le *pretium nuptiale* comprenait aussi des présents destinés à exprimer ou à prouver l'affection du fiancé pour la fiancée, il est facile de s'expliquer comment ce qui primitivement était compris dans la somme donnée ou promise aux parents ou aux *sponsores* de la femme[5], devint plus tard un don spécial, revenant à la fiancée elle-même, dès que les époux avaient consommé le mariage par la cohabitation. Le *Morgengabe* consistait soit en certains meubles ou immeubles[6], soit seulement dans l'u-

guer du *Leibgeding* (*dotalitium*), à l'aliment (ordinairement l'usufruit d'un immeuble ou aussi de rentes annuelles) que l'homme, *sans égard aux apports de la femme*, constitue, sur la propriété qu'il laissera à sa mort, au bénéfice de son épouse pendant le temps qu'elle restera veuve. Cf. Mittermaier : *l. c.*, II, § 396. — Eichhorn : *Einleitung in das deutsche Privatrecht*. Gottingue, 1845 (5e édit.), § 306. — Eckardt : *l. c.*, p. 488–93.

[1] A la même opinion se rattachent Gaupp (*Recht und verfassung der alten Sachsen*, p. 187) et Ginoulhiac, *l. c.*, p. 202.

[2] *Lex Ripuariorum*, XXXVII, 2... « Quicquid ei in Morgangeba traditum « fuerat. » — *Lex Alamannorum*, LVI, 2... « Maritus mihi dedit *Morgan-* « *geba*, etc. » — *Lex Burgundionum*, XLII, 2 : « De *Morgangeba* vero... « permaneat. » — *Ed. Rotharis*, CIC... « habeat sibi inante *morgengab* et « methium, etc. » — *Leges Luitprandi*, VII : « Tamen ipsum *Morgengab* « volumus, ut non sit amplius, nisi quarta pars de ejus substantia, qui « ipsum *morgengab* dedit. » Suivant Gaupp, p. 182, la *dos* de la loi des Saxons (VIII et IX) n'est autre chose que le *Morgengabe*.

[3] Cf. Grimm : *Deutsche Rechtsalterthümer*, p. 441–42.

[4] Cette opinion est partagée par Gaupp, p. 188 ; Ginoulhiac, *l. c.*, p. 202; Bluntschli, *l. c.*, I, p. 108 ; Warnkönig, *l. c.*, II, p. 257.

[5] L'opinion que le *Morgengabe* est né du *pretium nuptiale*, ou en a constitué une part, est admise par Schlegel : *Om Morgongavens Oprindelse* (*Astraea*, Copenhague, 1799, II, p. 189-190), ainsi que par Schlyter : *Juridiska Afhandlingar*, Upsala, 1836, I, p. 201.

[6] Cf. Ginoulhiac : *l. c.*, p. 206.—Laferrière : *Histoire du droit*, III, p. 160,

sufruit de ces derniers. D'après la règle, le droit de la femme sur le *Morgengabe* n'entrait en vigueur que lorsqu'elle survivait à l'homme, et si ce droit concernait un immeuble, il ne pouvait être transmis à ses héritiers, mais constituait tout simplement un gain de survie.

L'usage du *Morgengabe* s'est maintenu jusqu'à nos jours en Allemagne[1] et en Suisse[2]. En France, il paraît avoir été confondu de bonne heure avec la *dot germanique*, c'est-à-dire le *pretium nuptiale* primitif, transformé en un don à la fiancée. C'est de cette fusion que naquit le don connu plus tard sous le nom de *douaire*[3] dans les coutumes du moyen âge, et qui, de

admet que la femme pouvait aussi obtenir le *Morgengabe* en immeubles, avec plein droit de propriété.

[1] Mittermaier : *l. c.*, II, § 398, dit que la femme est considérée comme ayant déjà, pendant le mariage, droit de propriété sur le *Morgengabe*, dès que celui-ci a été remis ou stipulé.— Eichhorn : *l. c.*, p. 728-29, remarque que la stipulation du *Morgengabe* est encore en usage en Allemagne, principalement chez la noblesse et chez les paysans.

[2] Bluntschli : *l. c.*, II, p. 164–65.

[3] Les opinions des jurisconsultes sont encore partagées sur l'origine du *douaire* statué dans les coutumes. Laferrière, *Histoire du droit, etc.*, III, p. 159-60; V, p. 645, croit que le *douaire* est venu du *Morgengabe*. — Cf. l'article du même auteur, *De l'esprit du droit germanique* (*Revue de droit français et étranger*, 1847, p. 861).— Laboulaye : *Histoire du droit de propriété foncière*, Paris, 1839, p. 403, est, par contre, disposé à admettre que l'origine du douaire peut se trouver dans la *dos* germanique, hypothèse qui paraît être devenue certitude chez le même auteur : dans son dernier et célèbre ouvrage (*Recherches sur la condition des femmes*), où il dit, p. 117 : « Le *pretium nuptiale*, attribué à la femme, devient *douaire*. »—Ginoulhiac: *l. c.*, p. 207-13 et 325-37, prend une moyenne qui, sans aucun doute, est plus rapprochée de la vérité, lorsqu'il regarde le *douaire comme provenant d'une fusion de la dot et du Morgengabe*. « Les éléments de chacune d'elles furent mêlés et confondus, sans aucun égard à leur origine, *et il en sortit une institution nouvelle*, différente de l'une et de l'autre. » Les anciennes *Coutumes* françaises avaient formulé la règle : « Au coucher, la femme gagne son douaire ; » aussi Ginoulhiac ajoute-t-il, p. 327 : « Nous croirions même découvrir dans cette disposition des traces de *la fusion de la dot et du Morgengabe dans le douaire*. » — Pardessus : *Loi salique*, p. 673, note 2, et p. 684, est de la même opinion : « On peut même croire que, dans la suite, *on confondit ces deux libéralités, et que le tout ne forma plus qu'un gain de survie sous le nom de douaire*. »— Warnkönig : *l. c.*, II, p. 254, pense de même : « Der Ursprung derselben (du *douaire*) ist nicht schwer nachzu- « weisen, man findet es in dem von den ältesten germanischen Quellen « erwähnten zweifachen Institute der *dos* und der *morgengabe*. » — Enfin

même que la *dos* ou le *doarium*, était considéré comme une condition nécessaire du mariage légal, qu'il distinguait du concubinat, très-commun dans ces temps-là [1]. Ce douaire était constitué avant le mariage sur une certaine partie des biens du mari en faveur de la femme, quelquefois avec le droit de propriété, mais, d'après la règle, à titre de simple usufruit, en cas de survie.

Outre ces libéralités de la part du mari, la femme recevait encore de la maison paternelle, en entrant en mariage, une certaine donation [2]. Mais cette coutume était probablement de peu d'importance chez les Germains méridionaux, conclusion que l'on pourrait tirer, du moins, des rares dispositions que l'on rencontre à cet égard dans les plus anciennes sources de leur droit [3]. Cette donation était, sans doute, pour la femme, une espèce de compensation d'héritage, ou un à-compte sur ce qui devait un jour lui revenir par succession. On pourrait la comparer à la *dos profectitia* des Romains, quoiqu'elle n'ait jamais été, comme cette dernière, une condition absolue du mariage légitime. Cette donation, consistant à l'ordinaire en ustensiles de ménage et en vêtements, venait du père de la fiancée, et on l'appelait, pour cette cause, dans les *lois anglo-saxonnes*, *faeder-*

Kœnigswarter : *Revue de législation et de jurisprudence*, XVII, 1843, p. 409–422, et XXXIV, 1849, p. 158-179, partage aussi ces idées.

[1] Il était aussi d'usage de stipuler le *douaire* sous de certaines formalités, « *à la porte du moustier.* » Cf. Ginoulhiac, *l. c.*, p. 328 : « La femme recevait le douaire comme épouse et mère de famille. *Comme la* dos *ancienne, il la distinguait toujours de la concubine*, car il n'avait lieu, soit en France, soit en Allemagne et en Angleterre, que dans *le mariage légitime*, et jamais dans le concubinat. » — Warnkönig, *l. c.*, p. 257.

[2] Tacite déjà semble faire allusion à la coutume que la femme apportait quelque chose à la masse, lorsqu'il dit (*l. c.*) : « Atque invicem *ipsa* armo« rum aliquid *viro* affert. »

[3] Warnkönig : *l. c.*, p. 262-63, ne veut pas admettre que cette donation ait été connue dans l'ancien droit germanique : « Im ältesten germanischen « Rechte, var sie ganz unbekannt, » dit-il, ajoutant : « Wo die frau erkauft « werden muss, da lässt sich keine Aussteuer denken. » — Il paraît toutefois avoir appartenu aux plus anciennes coutumes germaniques (voir la citation de Tacite, note précédente) que les parents ne laissassent pas leur fille sans les effets les plus indispensables lorsqu'elle entrait en mariage. Ils mettaient, sans aucun doute, un honneur à pouvoir montrer leur fortune par des présents à la fiancée.

feoh [1], dans les *lois des Lombards*, *faderfium* [2-3], et, dans certaines coutumes françaises, *maritagium* [4] ou, *mariage*, ou, d'après des sources du droit plus récentes, *fletgeva* [5], parce qu'elle suivait la fiancée au sortir de la maison (*flet*) paternelle [6].

Comme nous l'avons dit plus haut, la consommation du mariage n'était censée complète que lorsque les époux avaient cohabité, et, avant cet acte, les lois ne permettaient pas l'entrée en vigueur des effets légaux juridiques du mariage [7]. Du coucher datent la puissance et l'autorité du mari. En vertu de ce pouvoir, et comme chef de la famille, il administrait seul les biens de la masse; toutefois, l'autorisation de la femme était nécessaire pour la vente des immeubles entrés dans la masse à titre de propres de l'épouse [8]. Les droits de la femme sur la *meta* ou la *dos*, ainsi que sur le *Morgengabe*, n'avaient aucune base légale, aussi longtemps que le mariage n'avait pas été consommé de la manière mentionnée ci-dessus. Ces droits ne se manifestaient pas, à proprement parler, pendant le mariage, mais à sa dissolution. L'épouse retirait alors de la masse la donation paternelle (*fa-*

[1] *Domas* du roi *Ethelbirth*, 81 (Thorpe, *Ancient Laws and institutes of England*, Londres, 1840).

[2] Ce mot provient de *fader* (père) et de *fium*, allem. Vieh, suéd. *fä*, pecus, pecunia. Cf. Grimm : *l. c.*, p. 429.—Laboulaye : *Histoire du droit de propriété foncière*, p. 409, note 2, pense, par contre, que le mot *faderfium* doit être dérivé de *fium*, *fevum*, *feodum*, fief; mais cette hypothèse ne semble pas probable.

[3] *Ed. Rotharis*, CLXXXII : « Habeat ipsa mulier et morgengab, et quod « de parentibus suis adduxerit, id est *phaderfium*. » — CIC : « De *faderfio* « autem, id est *de alio dono*, *quantum pater aut frater dederit ei*, quando ad « maritum ambulaverit, mittat in confusum cum aliis sororibus, etc. »

[4] Voir le *Glossaire de l'ancien droit français*, publié par Dupin et Laboulaye. Paris, 1846.

[5] Ainsi se nommait la dot chez les Frisons. Voir Wiarda : *das Asegabuch*, Berlin, 1805, p. 88 et 109. Wiarda dérive ce mot de *floetèn* (allem. *fliessen*, suéd. *flyta*, couler). Mais il nous semble plus juste d'admettre avec Grimm, *l. c.*, p. 429, que ce mot vient de *flet* (domus), ce qui lui donnerait le sens de *don de la maison* (paternelle).

[6] *Lex Alamannorum*, LV : « ... *Quicquid parentes ejus ei legitime placita-* « *verint et quicquid de sede paterna secum attulit*, omnia in potestate habeat « auferendi, etc. » — *Lex Bajuvariorum*, VII, 14, 2 : « ...Quicquid illa *de* « *rebus parentum* ibi adduxit, etc. »

[7] Cf. Grimm : *l. c.*, p. 440.

[8] Cf. Laboulaye : *Condition des femmes*, p. 138-40.

derfium), ainsi que la *dos* ou *meta*, et le *Morgengabe* [1], sauf les cas où les lois avaient spécialement statué qu'il ne serait pas rendu.

Du cinquième au neuvième siècle, période pendant laquelle furent rédigées les *Lois des Barbares*, l'homme et la femme ont dû être, chez *la plupart* des tribus germaniques du Sud, considérés comme ayant chacun leur patrimoine distinct, quoique, par suite du *mundium*, les biens de la femme fussent soumis à l'administration presque illimitée du mari. Tout ce qui ne pouvait être rapporté au patrimoine de la femme, était en général considéré appartenir au mari, et pour cette cause, à lui seul appartenaient les acquêts résultant du travail et de l'économie des deux époux, ainsi que le revenu des biens de la femme. Il n'existait donc pas de *communauté matérielle*, mais seulement une communauté formelle, les biens des époux restant sous une administration commune.

Les faits généraux que nous venons de mentionner, semblent indiquer qu'on jugea de bonne heure équitable que la femme reçût une partie des acquêts, à la production desquels elle avait participé, soit par son travail ou par le revenu de ses apports. On commença, sans doute, ainsi que nous le verrons plus tard chez les Germains du Nord, à réserver à la femme, dans la convention des fiançailles, *une certaine quote-part dans les acquêts faits pendant le mariage*. Cette coutume se changea probablement peu à peu en règle chez diverses tribus germaniques, et enfin l'usage statua, même dans le cas où il n'y aurait pas eu de stipulation spéciale, un certain montant pour la part appartenant à la femme [2]. La coutume sanctionnée de la sorte par l'opinion du peuple sur la participation de la femme aux acquêts, passa plus tard dans les lois rédigées par écrit. Ainsi, trois des *Lois des Barbares*, les *Formules de Marculfe* [3], et un *Capitulaire de Louis le*

[1] Cf. Ginoulhiac : *l. c.*, p. 222-25.

[2] Pardessus : *Loi salique*, p. 676-78, prétend qu'il n'a pas existé chez les Francs de communauté sans stipulation spéciale : « Dans l'ancien droit des Francs, *point de communauté d'acquêts, si elle n'avait été stipulée.* »

[3] Voir plus bas, note 2, p. 278.— Mittermaier : *l. c.*, I, § 5, note 1, fixe à l'an 653 la collection de *Formules* du moine Marculfe, si importante pour l'histoire du droit franc. — Savigny : *Geschichte des Röm. Rechts*, II, p. 122, donne, par contre, la date 660 ; de même Laferrière : *Histoire du droit, etc.*, III, p. 112.

Débonnaire, reconnaissent à la femme, déjà pendant le mariage, une certaine part aux acquêts (*conquisita* ou *collaboratio*) ; la seule différence consiste dans la grandeur de cette part. D'après la *Loi des Wisigoths*, la femme ou ses héritiers devaient recevoir, *dans les acquêts, une quote-part proportionnée à la grandeur des biens apportés par elle* dans la masse [1]. C'est, sans doute, *la plus ancienne base* que l'on ait employée pour fixer la part de l'épouse dans la communauté [2]. La *Loi des Ripuaires* n'accorde par contre, à la veuve, que *le tiers des acquêts* [3], et cette disposition existait sans doute aussi chez les Francs Saliens [4], car on la retrouve, non-seulement dans les *Formules de Marculfe*, mais encore dans le *Capitulaire de Louis le Débonnaire* [5]. La *Loi des Saxons* montre que chez une branche de ce peuple, les *Ostphaliens* et les *Engres*, la femme n'avait encore, au temps de Charlemagne, aucune part aux acquêts, car il y est statué, en termes positifs, qu'elle doit se contenter de sa *dos*. Chez les *Westphaliens*, au contraire, la femme recevait la moitié des acquêts [6].

[1] *Lex Wisigothorum*, IV, 2, 16 : « De his, quæ vir et uxor in conjugio « constituti, conquirere potuerint... *de omnibus augmentis aut profligatio-* « *nibus pariter conquisitis, tantam partem unus quisque obtineat, quantam* « *ejus facultatem fuisse* omnimodis sibi debita vel habita possessio mani- « festat. Ita ut si æqualis abundantiæ dominî sunt, pro parvis rebus con- « tentionis intemperantiam non assumant... *Juxta quantitatem debitæ pos-* « *sessionis erit et divisio portionis.* Quam sibi, *post unicujusque mortem* vin- « dicabit persona superstes, et aut liliis suis aut propriis relinquat heredibus, « aut certe de ea facere quod voluerit, licentiam obtinebit. Eadem quoque « ordinationis forma *tam in viris quam in uxoribus erit omnimodis obser-* « *vanda.* »

[2] C'était aussi le cas chez les Scandinaves. Voir plus bas.

[3] *Lex Ripuariorum*, XXXVII, 2 : « Si autem per seriem scripturarum ei « nihil contulerit, *si virum supervixerit*, quinquaginta solidos in dotem re- « cipiat, et *tertiam partem de omni re, quam simul conlaboraverint*, sibi « studeat evindicare, vel quicquid ei in morgengeba traditum fuerat, si- « militer faciat. »

[4] Quoique la loi salique ne dise rien de la quote-part de la femme dans la masse, Pardessus, *l. c.*, p. 686, admet pourtant que les Francs Saliens suivaient la règle statuée dans la *Loi des Ripuaires* (*l. c.*).

[5] *Capitularia Regum Francorum*, IV, 9 : « Volumus ut uxores defuncto- « rum, post obitum maritorum, *tertiam partem collaborationis*, quam *simul* « in beneficio collaboraverunt, accipiant. »

[6] *Lex Saxonum*, IX, *De acquisitis*.— « De eo, quod vir et mulier simul « *conquisierint*, *mulier mediam portionem accipiat*, hoc apud *Westfalaos*. « Apud *Ostfalaos* et *Angrarios*, nihil accipiat, sed contenta sit dote sua. »

Il serait, ce nous semble, difficile de nier que ces dispositions ne continssent le germe [1] du régime de la *communauté* des biens entre époux chez diverses tribus germaniques, quoique ce commencement soit encore limité aux acquêts. Nous ne devons pas omettre de mentionner que plusieurs jurisconsultes français et allemands, dont nous avons scrupuleusement étudié les recherches à cet égard, ont, ou nié que les *Lois des Barbares* continssent les moindres traces de communauté [2], ou déclaré que les

[1] Le célèbre Pardessus, qui paraît disposé à attribuer une origine *gauloise* à plusieurs institutions de l'ancien droit français, a, dans son *Mémoire sur l'origine du droit coutumier*, Paris, 1834, et, en outre, dans son édition de la *Loi salique*, p. 674-75, cherché à prouver que la *communauté des biens était connue des Gaulois*. Il cite, dans ce but, César, *Comment. de bello gallico*, VI, 19 : « Viri *quantas pecunias* ab uxoribus, dotis nomine accepe-« runt, *tantas ex suis bonis, æstimatione facta communicant. Hujus omnis* « *pecuniæ conjunctim ratio habetur*, fructusque servantur. Uter eorum vita « superarit ad eum pars utriusque, cum fructibus superiorum temporum, « pervenit ; » sur quoi il ajoute : « Loin de croire qu'il ne soit favorable à l'opinion que les Gaulois ont connu une *communauté*, ou, si l'on veut, *une société d'acquêts* entre les époux, je ne doute pas qu'il n'en soit *une preuve très-positive* ; seulement, *c'est la communauté bornée aux acquêts*, avec la chance aléatoire que tout appartiendra au survivant. » Troplong : *Du contrat de mariage*, p. XCVIII-XCIX, remarque à cet égard : « Les uns ont cru trouver dans un *usage gaulois* rappelé par César le berceau de la communauté. Mais cette opinion n'est pas soutenable. Si la communauté était un de ces débris vivaces du droit celtique, pourquoi ne se serait-elle maintenue que dans les pays coutumiers ? Pourquoi pas aussi dans les pays du centre et du midi ? Pour quelle raison aurait-elle absolument péri ici, tandis que là elle aurait poussé des racines qui auraient étouffé le régime dotal ? » — Kœnigswarter combat aussi Pardessus dans l'*Histoire de l'organisation de la famille en France*, Paris, 1851, p. 35-37, ainsi que dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, XVII (1843), p. 428-29. L'opinion de Pardessus a été, ce nous semble, complétement réfutée par Laferrière, II, p. 79-81. — Mais Laferrière avait lui-même émis une opinion qui ne nous paraît pas admissible, savoir que la communauté des biens venait du *droit féodal*, et qu'elle devait son origine aux seules institutions féodales du moyen âge (*Histoire du droit français*, Paris, 1836, I, p. 160). Dans son grand ouvrage resté inachevé (*Histoire du droit civil de Rome et du droit français*, VI, p. 362), l'auteur ne se prononçait pas d'une manière positive sur cette matière ; mais ses expressions montrent néanmoins qu'il n'avait pas changé d'opinion. — Nous reviendrons plus bas à cette opinion.

[2] Laboulaye : *Histoire du droit de propriété foncière*, p. 399-400, avait admis que la communauté des biens était déjà connue d'après les Lois des Barbares, lorsqu'il disait : « *La communauté*, en effet, est en germe dans ces premières institutions ; le mari, en vertu de son *mundium*, fait les fruits

dispositions des anciennes lois germaniques à l'égard des droits de la femme dans la masse, ne désignent qu'un *droit de viduité* [1] ou un *droit de succession* [2], reconnu à la veuve, mais non un *droit*

siens durant le mariage, et la femme en tutelle ne peut rien aliéner; mais, *à la mort du mari, la communauté paraît. Une partie des acquêts appartient à la femme... C'est la communauté d'acquêts*, système adopté encore aujourd'hui par le Code civil. » Mais dans son dernier ouvrage (la *Condition des femmes*, p. 291), il a passé à une opinion diamétralement opposée : « La communauté n'est point, dit-il, une *institution germanique, c'est ailleurs que dans les lois barbares qu'il faut chercher son origine.* » — Laferrière, *l. c.*, III, p. 171, partage aussi cette opinion : « Il nous paraît, dit-il, évident d'après les textes, les faits et les rapprochements qui en naissent, que la *communauté*, généralement reçue par notre droit coutumier, *n'a pas son point de départ dans les lois barbares et le droit primitif des Germains.* » Cf. l'article du même auteur : *Esprit du droit germanique* (*Revue de droit français et étranger*, 1847, p. 869). — Ginoulhiac, *l. c.*, p. 163, suit encore ici une voie intermédiaire : « Pour nous, dit-il, nous pensons qu'il faut chercher, *non pas la communauté elle-même, mais les principes sur lesquels elle a toujours reposé dans nos anciennes lois barbares.* »

[1] Laboulaye : *Condition des femmes*, p. 150 : « *Le tiers* ou *la moitié*, donné par les lois barbares, était *la part successive de la femme*, lorsqu'elle venait en concurrence avec des enfants ou des parents du mari. » Pardessus, *Loi salique*, p. 667 et 685, pense que, d'après l'ancien droit des Francs, la part de la femme dans la succession n'était autre chose qu'un *gain de survie*, dès qu'aucune convention spéciale — *per tabularum instrumenta* — n'avait stipulé préalablement la communauté. « La loi, dit-il, accordait à la femme survivante, non à titre de société, mais *par une sorte de droit de succession et de viduité, un tiers dans les conquisita*, au cas où elle n'avait pas reçu un *morgengabe*. » — Laferrière, *l. c.*, III, p. 162-63, exprime la même opinion, et nie dans les termes les plus clairs qu'il ait existé une communauté d'après les anciennes *Lois des barbares : « C'est un gain de survie que les lois barbares établissent à l'égard de la femme.* Les textes des lois Ripuaire, Burgunde, Saxonne, et même celui des Capitulaires, sont précis à ce sujet : ils accordent ordinairement *le tiers de la collaboration* à la femme si elle a survécu à son mari, *si virum supervixerit*. L'épouse prédécédée n'avait acquis ni transmis aucun droit dans le produit de la collaboration. Le mari, seul propriétaire, transmettait les biens à ses propres héritiers. — En un mot, selon l'esprit et le texte des lois germaniques, *la femme avait un droit éventuel pour le cas unique où elle survivrait, un gain de survie et de viduité, mais non un droit de communauté.* » Cf. l'article du même auteur, dans la *Revue de droit français et étranger*, 1847, p. 862 et suiv. — Warnkönig, *l. c.*, II, p. 245, qui ne voit dans les dispositions des *Lois des Barbares* qu'un droit de viduité, Wittwenrecht, avoue toutefois qu'il contient le *germe* de la communauté.

[2] Runde : *Deutsches eheliches Güterrecht*, Oldenbourg, 1841, p. 14, déclare que la femme n'obtenait une partie des *conquisita qu'à titre pur et*

de communauté. Il nous paraît toutefois évident que ce que disent à ce sujet les *Lois des Barbares*, n'exprime pas un simple gain de survie, mais un droit réel existant pour la femme, pendant le mariage, à une quote-part idéale dans le fruit de la collaboration des deux époux, et dans le revenu de leurs propres, quoique cette part ne fût détachée de la masse qu'à la dissolution du mariage[1]. Ce que nous venons d'avancer ici, est prouvé, selon nous, par les circonstances suivantes : d'un côté, la *Loi des Wisigoths* statue en termes clairs et précis que tant la femme que l'homme ont part aux acquêts dans la proportion de leurs apports, et que tous les deux peuvent léguer leur part à leurs héritiers respectifs, ou en disposer d'autre manière[2] ; de l'autre côté, les *Formules de Marculfe* montrent que, même chez les Francs, la femme avait le droit de disposer, par testament, pendant le mariage, de sa part (*tertia*)[3] dans la collaboration;

simple de succession « *durch Erbtitel,* » lorsqu'elle survivait à son mari. A la même opinion se rattache Eichhorn, *l. c.*, § 297. — Mittermaier, *l. c.*, II, §§ 383 et 408, énonce une opinion identique : « Wenn auch schon in « einigen alten Volksrechten die Errungenschafft erwähnt wird, *so deuten* « *diese Stellen nicht auf eine Gütergemeinschaft, oder ein Miteigenthum der* « *Ehefrau an errungenen Gütern*, sondern nur dass an den erst während « der Ehe erworbenen Gütern... die Ehefrau Erbrechte erhalten könnte « oder erhielt. »

[1] Kraut : *Die Vormundschaft*, II, p. 377-84, a prouvé, selon nous, d'une manière satisfaisante que la femme « *schon während der Ehe, das Eigen-* « *thum an einem Theil der Errungenschaft erhielt.* » — Klimrath, *Travaux sur l'histoire du droit français*, Paris, 1843, I, p. 373-74, admet *qu'une communauté véritable existait* du moins chez *les Visigoths*. — Odier, *l. c.*, II, p. 18 et 36, partage la même opinion : « Aussi, *la plupart des lois barbares*, rédigées aux huitième et neuvième siècles, *assurèrent-elles à la femme une part dans tous les gains et acquêts* résultant de la collaboration commune et de l'administration du mari. » — Ginoulhiac, *l. c.*, p. 224-30 et 324-25, pense de même que, d'après la *Loi des Saxons* et *des Francs Ripuaires*, ainsi que d'après les *Formules de Marculfe* et les *Capitulaires*, la femme avait le « *droit de participation ou de collaboration,* » et que « *la condition de survie n'était pas exigée.* »

[2] Voir plus haut.

[3] *Formules de Marculfe*, II, 7 : « *Charta interdonationis inter viro et fe-* « *mina de eorum res.* » Il s'agit ici d'un testament mutuel entre époux, au bénéfice de celui d'entre eux qui survivra à l'autre, « ne in posterum ab « heredibus eorum vel a quocunque possit convelli ; » vient ensuite : « Si- « militer et ego illa... si mihi in hunc sæculum superstis fueris, dono tibi « omni corpore facultatis meæ... tam de hereditate parentum, quam *de*

même dans le cas où le mari lui survivrait. Or, une disposition testamentaire, destinée à subsister en dépit des exceptions des héritiers, n'aurait assurément pu avoir lieu, si pendant le mariage la femme n'avait eu qu'un droit éventuel de succession, ou un droit de survie, et non un *droit réel de propriété*. Si l'on ne peut nier que déjà, pendant le mariage, la femme n'ait eu, comme le mari, un *droit de propriété* sur certains biens, savoir les *acquêts* [1], on ne pourra, non plus, contester que l'*origine de la communauté des biens* entre époux ne se trouve déjà dans les *Lois Barbares* [2]. Il serait, en outre, infiniment plus naturel d'ad-

« *comparatum vel quod pariter laboravimus, et quod in tertia mea accepi*... « Absque repetitione heredum meorum... *habeas potestatum.* » — *Append.* Marculfi, 40 : « ...Quantumcunque a die presente in jam dicta loca visa « sum tenere vel possidere *quod manente conjugio apud jugale meo illo visa « sum conquisisse*, vel *in mea portione recepi*... in jure ipsius Monasterii... « trado, etc. » — Cf. *Formulæ Longobardicæ*, 20 : « Qualiter vidua Salica « spondetur... O Fabi, da Senece vadimonium ut faciat Semproniam, quae « defensione Senece regitur, jure tuo securitatem scripturalem et *tertie « portionis omnium rerum quàs nunc habes, vel adquisitionis, etc.* » — Ginoulhiac, *l. c.*, p. 227, cite de la *Chronique de Frédégaire*, à l'égard de la succession du roi Dagobert, un passage dans lequel il est dit que la veuve de ce monarque reçut « *tertiam partem de omnibus quæ Dagobertus rex « acquisierat* postquam Nanthildis regina regnare cœperat. »

[1] Les acquêts portent dans ces lois les noms de *collaborata*, *acquisita* ou *conquisita*. Cette dernière dénomination a porté Laferrière (*Histoire, etc.*, III, p. 166-70) à une interprétation sans doute trop hasardée. Il croit que les *conquisita* font allusion à la conquête des Gaules par les tribus germaines. « Dans l'invasion par des tribus entières, dit-il, et quand les familles transportaient leurs foyers sur le sol *conquis*, comment les Barbares et leurs *femmes* pouvaient-ils acquérir ensemble? — Evidemment par le résultat de la *conquête;* et ce motif explique complétement les dispositions de la loi Ripuaire et des autres lois germaniques. » — Cf. l'article du même auteur : *Esprit du droit germanique* (*Revue de droit français et étranger*, 1847, p. 866). — Klimrath, *l. c.*, p. 129, avait fait, en 1836, une remarque contre cette interprétation de Laferrière, donnée déjà dans son ouvrage antérieur sur l'histoire du droit français. Mais dans une édition plus récente de cet ouvrage, Laferrière n'avait pas voulu reconnaître qu'il eût commis une erreur. Il persiste dans son opinion, pour laquelle il émet diverses raisons qui, toutefois, ne nous semblent pas probantes.

[2] Nous pouvons, avec une satisfaction véritable, mentionner à cet égard que Kœnigswarter, dans son *Histoire de l'organisation de la famille en France*, ouvrage couronné par l'Institut, et publié à la même époque que la première édition suédoise de ce présent Traité, est arrivé tout à fait aux mêmes résultats que nous, savoir que *le commencement de la communauté*

mettre que la part de la femme dans le produit de la collaboration des époux, ainsi que dans le revenu de leurs propres, lui était dévolue sur les bases d'un *droit* effectif de *propriété*, plutôt qu'en vertu d'un droit de succession qui ne dépendait pas de la communauté du sang. On sait que, d'après la règle, c'est justement le lien du sang qui, dans la législation germanique, constitue le droit de succession. Un droit de succession pour la femme, à la mort de l'époux, paraîtrait plutôt une institution de droit romain [1], laquelle, toutefois, n'a pas dû être inconnue aux rédacteurs des *Lois Barbares* [2]. Une circonstance méritant aussi une attention spéciale, quoiqu'elle ne fournisse pas de preuve directe, c'est le fait que la communauté des biens s'est, dans le cours du moyen âge, développée en Allemagne et en Hollande, et qu'elle est encore en vigueur dans ces contrées, que régissaient jadis le droit Westphalien et le droit Franc [3]. Il en est de même en France, dans la partie du pays (France du Nord) où ce dernier droit a été en vigueur ; et enfin, le régime de la communauté a réussi à se maintenir même en Espagne et en Portugal, malgré l'influence que le droit romain a dû exercer sur le développement des institutions juridiques de ces deux États.

Ni Pardessus [4], ni Laferrière [5] ne veulent reconnaître de preuve convaincante aux *Formules de Marculfe* pour la solution de la question. Mais lorsque ces illustres savants n'ont cru trouver qu'un *gain de survie et de viduité* dans la *tertia pars collabora-*

se trouve déjà dans les *Lois barbares*. Il dit, p. 135 : « De même que la dot germanique et le don du matin se sont transformés en douaire, de même les avantages nuptiaux que nous venons de décrire, *ont été l'origine de la communauté conjugale*, non-seulement en France, mais dans tous les pays romano-germaniques. » — Cf. l'article du même auteur, *Etudes historiques sur le droit civil français* (*Revue de législation et de jurisprudence*, XVII, 1843, p. 414).

[1] Cf. *Novelles* 53, 6 ; 117, 5.

[2] *Lex Bajuvariorum*, XIV, 6, et *Lex Burgundionum*, LXII, 1, 2. Savigny, *Geschichte d. Röm. Rechts im mittelalter*, II, p. 84, admet que cette disposition est tirée du droit romain.— Laboulaye : *Condition des femmes*, p. 151-52, considère aussi la disposition, IV, 2, 11, de la *Loi des Visigoths* comme étant d'origine romaine.

[3] Cf. Gaupp, *l. c.*, p. 184.

[4] *Loi salique*, p. 676.

[5] *Histoire du droit, etc.*, III, p. 164-66.

tionis dont parlent la *Loi Ripuaire*, XXXVII, 2, et le *Capitulaire de Louis le Débonnaire* (IV, chap. IX), on peut, avec toute raison, objecter à cela que, si le but de cette disposition ne concernait qu'un gain éventuel pour la femme, dans le cas où elle survivrait à son mari, ce but aurait été manqué à plus d'un égard. L'expérience ne démontre que trop souvent qu'il n'est pas toujours facile de faire des épargnes pendant le mariage. On aurait donc veillé bien mal aux intérêts de la veuve, si le but avait été d'assurer son avenir par cette part[1]. Par contre, la *Loi des Burgondes*[2] et celle des *Bavarois*[3] font sans doute allusion à un gain de survie véritable, lorsque la première statue que la veuve aura l'usufruit du tiers des biens du mari, et que la seconde lui accorde, dans la masse, une part égale à celle d'un fils.

CHAPITRE III.

LA COMMUNAUTÉ DES BIENS D'APRÈS LE DROIT ALLEMAND.

Nous avons trouvé plus haut dans quelques-unes des *Lois Barbares*, les premières traces d'une participation de la femme aux acquêts. Ces rudiments d'un régime de communauté semblent s'être successivement transformés, pendant le moyen âge, en une communauté des biens plus développée. Quant à l'Allemagne, dont nous nous occuperons en premier lieu, on admet que l'idée d'une communauté des biens meubles n'a pas été inconnue au *Miroir de Saxe* (*Sachsenspiegel*[4-5]), collection des cou-

[1] Cf. Kraut., *l. c.*, II, p. 381.

[2] Voir plus haut, note 2, p. 277.—La *Lex Burgundionum*, nommée aussi *Lex Gundebada*, et, en français, *Loi Gombette*, est considérée, par Davoud-Oghlou, *Histoire de la législation des anciens Germains*, I, 387–96, comme ayant été rédigée dans les années 470-516, sous le règne du roi *Gondebaud*. Savigny, *l. c.*, II, p. 2-4, pense, au contraire, qu'elle ne date que des années 501-517 ; de même Laferrière, *Histoire, etc.*, III, p. 102.

[3] Voir plus haut, note 2, p. 277.—Selon Davoud-Oghlou, *l. c.*, I, p. 219-20, la *Loi des Bavarois* a été rédigée au sixième siècle ; mais suivant M. de Savigny, *l. c.*, II, p. 80, elle appartiendrait au septième siècle.

[4] Le *Sachsenspiegel* est une collection privée de traditions saxonnes, rédigée par Eike von Repgow, dans la première moitié du treizième siècle (toutefois pas avant 1225 ou même 1235). Il a joui de la plus grande réputation dans toute l'Allemagne du Nord; cf. Mittermaier, *l. c.*, I, § 8.

[5] Mittermaier, *l. c.*, II, § 384 : « Manche Gründe deuten darauf, dass den « im Sachsenspiegel zum Grunde liegenden Rechten in Ansehung der

tumes saxonnes. Le *Miroir de Saxe* établissait, comme règle générale, que le mari et la femme ne possédaient pas de biens séparés pendant le mariage [1]. Ce principe comportait, toutefois, seulement, qu'il n'était loisible ni au mari, ni à la femme, d'administrer séparément leurs biens, lesquels devaient être réunis sous une administration unique et commune [2]. Le droit d'exercer cette administration appartenait, en vertu du *mundium*, au mari seul, mais il était soumis aux mêmes limites que nous avons indiquées plus haut. Tous les biens meubles appartenant à la *Gerade* (*die Gerade*) [3] étaient toutefois la propriété exclusive de la femme, même s'ils provenaient de la collaboration conjugale [4]. Tout autre acquêt revenait au mari. Les opinions sont partagées sur l'existence d'une communauté véritable d'après le *Miroir de Souabe* (*Schwabenspiegel*) [5], collection des coutumes de la Souabe. On pense, toutefois, qu'il contenait, à l'égard de l'administration des biens par le mari, les mêmes règles que le *Sachsenspiegel*. A la mort du mari, les biens *immeubles* de la femme retournaient à cette dernière ; mais on croit que les biens *meubles* des deux époux étaient considérés comme une masse commune, dont la veuve et les héritiers du mari recevaient chacun la moitié [6].

« *beweglichen Güter, die Idee einer Gütergemeinschaft vorschwebte.* » Kraut, *die Vormundschaft*, II, p. 387-88, déclare positivement que, même d'après le *Sachsenspiegel*, la femme avait : « *das Eigenthum* an einem Theil der « *Errungenschaft.* » — Runde, *l. c.*, p. 20, nie qu'elle ait eu un droit quelconque aux acquêts : « die Frau hat kein gesetzliches *Erbrecht*, auch nicht « an der *Errungenschaft* ; der Sachsenspiegel folgt hier dem alten Recht « der Ostfalen und Engern. »

[1] *Sachsenspiegel*, I, 31.

[2] Cf. Runde, *l. c.*, p. 19. — Mittermaier, *l. c.*, II, § 384.

[3] On entendait par ce mot des objets de toilette et des ornements de femmes, ou des meubles de nature à être ordinairement sous la garde de la mère de famille. Pour la signification primitive et l'étymologie de ce mot, voir Grimm, *deutsche Rechtsalterthümer*, p. 566-68 et 583-84. La *Gerade* était héritée par les *filles* de l'épouse ou par ses héritiers féminins du côté des femmes ; cf. Mittermaier, *l. c.*, II, § 447.

[4] Cf. Kraut, *l. c.*, p. 354-62.

[5] Le *Miroir de Souabe* est, de même que le *Sachsenspiegel*, une collection privée des coutumes de l'Allemagne méridionale, rédigée à titre de manuel pratique, et il appartient probablement à la seconde moitié du treizième siècle. Voir Mittermaier, *l. c.*, II, § 447.

[6] Cf. Bluntschli, *Staats-u. Rechtsgeschichte Zürichs*, I, 284. — Mittermaier, *l. c.*, II, § 384. — Kraut, *l. c.*, p. 387-89.

Cependant il se développa dans les villes de l'Allemagne, lesquelles ne parvinrent à toute leur puissance que pendant le moyen âge, des coutumes qui différaient à plusieurs égards du droit suivi dans les campagnes[1]. Dès que l'industrie et le commerce eurent commencé à fleurir, l'influence du capital mobilier se fit bientôt sentir. Afin d'en faciliter l'augmentation, et de l'employer d'une manière productive, il était nécessaire de reconnaître au mari une disposition plus libre des biens de la femme, s'étendant même aux immeubles apportés par elle. De là naquit bientôt l'usage de considérer tous les biens des époux, tant immeubles que meubles, sans égard à leur origine, comme une seule masse dont le mari avait la disposition. On trouva sans doute, en second lieu, qu'il était bien souvent difficile de distinguer, lors de la dissolution du mariage, ce qui primitivement appartenait au mari ou à la femme, et qu'il était juste, en outre, que cette dernière eût un dédommagement équivalent pour le sacrifice possible, total ou partiel, de ses biens propres. Aussi vit-on s'introduire peu à peu la coutume de donner à chaque conjoint, lors du partage de la masse, une part égale dans tous les biens conjugaux. Une longue pratique donna plus tard force de loi à ces principes. C'est pour cette cause que, déjà vers la fin du quinzième siècle, on rencontre, dans plusieurs localités de l'Allemagne, mais surtout dans les villes, le principe de la communauté universelle des biens comme la norme du régime de l'association conjugale[2]; des villes, ce principe s'étendit peu à peu dans certaines parties des campagnes.

Cette communauté universelle s'est, jusqu'à nos jours, principalement conservée dans les lois de la partie de l'Allemagne connue jadis sous le nom de *Franconie;* on la retrouve en outre dans les territoires de *Hildburghausen, Hohenlohe, Fulda, Oettingen-Oettingen* et *Wallerstein;* dans le comté d'*Erbach,* dans la *Lippe;* à Brême; dans plusieurs localités de l'*Oldenbourg;* dans quelques *villes* de la *Basse Saxe* et de la *Westphalie;* dans

[1] Grimm : *Rechtsalt.*, p. 450 : « Kein theil des deutschen rechts hat eine « solche mannigfaltigkeit der bestimmungen und gewohnheiten entwickelt, « wie die lehre vom vermögen der ehegatten ; fast jede landschaft und « often einzelne ämter und örter zeigen eigenthümliches. »

[2] Cf. Mittermaier, II, §§ 385-86.

[3] Runde, p. 36-37.

le comté de *Mark ;* à *Clèves ;* dans plusieurs localités du *Bas-Rhin ;* à *Hambourg ;* dans la *Prusse orientale ;* dans plusieurs villes du *Brandebourg* et du *Mecklenbourg ;* dans quelques localités de la *Silésie* [1], du *Holstein* et du *Schleswig* [2]; dans la *Prusse occidentale* et la Poméranie [3]. Mais, d'après le droit de la ville de *Lubeck,* lequel sert de base aux lois de plusieurs villes du *Holstein,* du *Schleswig* [4], du *Mecklenbourg,* de la *Poméranie,* ainsi que de l'*Esthonie* et de la *Livonie* [5], la communauté universelle des biens entre époux n'entre en vigueur que lorsque ces derniers ont des descendants. Une communauté *particulière,* restreinte aux *biens meubles* et aux *acquêts,* s'est, par contre, développée, et existe encore à *Cologne, Trèves ;* dans les territoires de *Berg,* de *Juliers,* dans la *Gueldre* et le *Luxembourg ;* dans différentes localités de la *Westphalie ;* dans les États de *Solm, Nassau, Hesse-Darmstadt ;* dans la ville libre de *Francfort,* dans quelques localités du *Rhin inférieur* et du *Rhin oriental,* etc. ; et enfin, une simple communauté d'*acquêts* (*Errungenschaft*) est reconnue dans la *Hesse Électorale,* le *Dithmarsch,* dans quelques territoires du *Wurtemberg,* du *Haut Palatinat* et de la *Franconie* [6].

[1] Gaupp, *l. c.,* pense que la communauté s'y est maintenue chez des descendants d'émigrés, qui vivaient d'après le droit westphalien.

[2] Comme à *Schleswig, Flensbourg, Eckernförde, Husum, etc.,* voir Krieger: *Den slesvigske Privatrets specielle Decl.* Copenhague, 1855, II, p. 42 et s.

[3] Chaque époux reçoit ordinairement la moitié des biens communs, mais quelquefois le mari en prend les deux tiers et la femme un tiers.

[4] Cf. Krieger, *l. c.,* II, p. 49 et s.

[5] Voir Bunge : *Das Liv-und Esthländische Privatrecht.* Dorpat, 1848, §§ 287 et s.

[6] Le lecteur trouvera chez Mittermaier, *l. c.,* II, §§ 387-90, un aperçu complet de la communauté d'après le droit allemand. Les différents États de l'Allemagne présentent, dans le régime de l'association conjugale, une étonnante diversité, due à des lois et à des statuts locaux multiples, ou simplement à l'usage (*Gewohnheit*). Ainsi, dans le *Mecklenbourg,* on ne rencontre pas moins de quatre modifications divergentes du régime de la communauté ; il en est de même dans l'*Oldenbourg,* le *Holstein* et la *Franconie.* Les jurisconsultes allemands paraissent avoir des opinions très-opposées à l'égard de l'application même du principe. Aussi Mittermaier, II, § 399, fait-il à ce sujet la remarque suivante : « Nach der oben bemerkten « *grossen Verschiedenheit der Ausbildung der Gütergemeinschaft* in den « Statuten, hat der Richter in der Rechtsanwendung überall zu prüfen, wie « an dem Orte, dessen Recht in Frage steht, das Rechtsverhältniss durch

Le droit romain n'a, comme on le sait, jamais été formellement adopté en Allemagne. Employé au commencement, pendant le moyen âge, à titre de source scientifique, il fut peu à peu appliqué, dans les tribunaux, à côté du droit national, avec lequel il se fondit enfin si complétement, qu'il constitue encore aujourd'hui la partie principale du droit commun allemand [1] (*gemeines Recht*).

Il était donc fort naturel que le droit romain exerçât une influence puissante sur le régime des biens conjugaux. Aussi le résultat en fut-il, que l'idée d'une communauté des biens entre époux est demeurée tout à fait étrangère à quelques parties de l'Allemagne, tandis qu'au contraire le principe de biens propres complétement distincts pour chaque époux pendant le mariage, a pénétré dans les lois de ces pays. C'est pour cette cause qu'un régime dotal modifié est encore en vigueur dans la *Saxe*, la *Bavière* [2], et dans quelques parties de la *Silésie* et du *Holstein* [3], ainsi que dans les *Etats héréditaires* (*Erbländer*) de l'*Autriche* [4], Les *Etats Prussiens* possèdent de même, comme règle, un *régime dotal* modifié, qui tient le milieu entre le système dotal des Romains et la communauté des biens germaniques. Cette dernière ne se trouve qu'exceptionnellement dans les localités où elle existait depuis longtemps, en vertu de lois provinciales ou de statuts locaux [5].

« *Gesetz* und *Rechtsübung* sich ausbildete. » Cf. Gerber, *System des deutschen Privatrechts*. Iena, 1850, §§ 233-34. — Blume, *System des in Deutschland geltenden Privatrechts*, Bonn. 1852, p. 294-95.

[1] Cf. Mittermaier, *l. c.*, §§ 15 et 33.

[2] Voir *Bayrisches Landrecht* (1753), I, 6, §§ 13-26.

[3] Cf. Mittermaier, *l. c.*, II, § 391.

[4] D'après l'*Allg. Bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten Erbländer der œsterr. Monarchie*, de l'an 1811 ; voir Winiwarter, *d. Œsterreichische bürgerliche Recht*. Vienne, 1844, IV, p. 448. La communauté peut avoir lieu, mais non sans convention spéciale à cet égard (art. 1233).

[5] *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, de l'an 1794, II, 1, § 345 : « Die Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten findet nur da statt, « wo sie durch *Provincialgesetze* oder *Statuten* eingeführt ist. » — Cf. Bornemann, *Systematische Darstellung des preussischen Civilrechts*. Berlin, 1844, V, p. 77, 111 et s. : « Die eheliche Gütergemeinschaft hat sich in den « einzelnen Provinzen oder Orten, wo sie gilt, so verschiedenartig ausge- « bildet, dass es äusserts schwierig, ja fast unmöglich ist, ein subsidiäres « gemeines Recht für alle Rechtsverhältnisse aufzustellen, welche unter « dem Namen der ehelichen Gütergemeinschaft vorkommen. »

En résumé, le régime de l'association conjugale est basé, en Allemagne, sur le principe d'une communauté des biens plus ou moins étendue. Les jurisconsultes allemands s'accordent toutefois à considérer le régime dotal modifié comme la règle, dans toutes les contrées où le droit romain est employé à titre de droit subsidiaire [1]. Nous remarquerons spécialement que, parmi les nobles, la communauté n'est plus en usage depuis un temps considérable, et que le système dotal est encore la norme du régime de l'association conjugale entre personnes de cette classe [2].

CHAPITRE IV.

LA COMMUNAUTÉ DES BIENS D'APRÈS LE DROIT FRANÇAIS.

Si nous tournons, en second lieu, nos regards vers la France, nous devons rappeler en commençant que, dès le treizième siècle et jusqu'à la révolution de 1789, ce pays a été, au point de vue judiciaire, divisé en *provinces de droit écrit* et en *provinces de droit coutumier*. Cette vieille division du pays est d'une importance très-grande dans la question de la communauté des biens entre époux d'après le droit français. Les *provinces de droit écrit* [3] comprenaient la *France* au *sud* du 46e degré de latitude septentrionale, tandis que celles de *droit coutumier* renfermaient la France moyenne et le pays au *nord* de la Loire. Dans le Midi,

[1] Cf. Runde, *l. c.*, p. 6 : « Das getrennte Güterrecht des römischen Rechts, « muss freilich in Deutschland, so weit Justinians Gesetzsammlung als ge- « meines subsidiäres Recht gilt, als *Regel* angenommen werden. » — Eichhorn, *l. c.*, § 301 : « *Das dotalsystem macht die Regel aus*, wiewohl es sehr « häufig mit Modificationen durch deutsche Institute vorkommt. » — Puchta, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*. Leipsic, 1855 (4e éd.), II, p. 275 : « Im heutigen Rechte kommen beide Systeme vor : das deut- « schrechtliche der Gütergemeinschaft, oder wie man es besser nennen « und dahin ausbilden sollte, der Gütereinheit, und das römische Dotal- « system. Ehen können mit dem einen und dem anderen geschlossen « werden. »

[2] Cf. Mittermaier, *l. c.*

[3] Pour l'ancienne division de la France à cet égard, voir une excellente exposition chez Klimrath, *l. c.*, II, p. 170 et s., où l'auteur, dans une dissertation riche de faits (*Etudes sur les coutumes*), consacre à ces dernières un chapitre spécial (*Géographie de la France coutumière*) avec une carte. — Voir en outre, Laferrière, *l. c.*, VI, p. 425, où cet auteur éminent donne, sous forme d'appendice, la *Géographie des coutumes du moyen âge*.

le droit romain avait conservé, par la force de la tradition et d'une longue pratique, la vigueur d'une coutume générale, quoique les dispositions de ce droit aient, à plusieurs égards, dû s'adapter à des coutumes nationales et à des règles de droit féodal. Les institutions juridiques du Nord reposaient tout au contraire sur un *droit coutumier* (*jus consuetudinarium*), conservé, soit dans de nombreuses collections de coutumes [1] appartenant à des provinces entières, à des villes ou à de certaines localités, soit dans des annotations pratiques des jurisconsultes sur les usages qui s'étaient développés dans les cours de justice [2]. A la loi salique, à celle des Francs Ripuaires, aux capitulaires des rois francs, et aux formules dont il a été parlé plus haut, toutes sources contenant des principes de droit essentiellement germaniques, succéda un droit traditionnel formé, soit d'un noyau d'origine germaine, soit d'une collection bizarre de dispositions féodales. Ce droit traditionnel était le *droit coutumier*, qui dut nécessairement représenter une multitude de divergences, fondées sur les coutumes particulières des différentes provinces, villes ou localités [3]. Jusqu'en 1804, époque à laquelle

[1] Elles datent du dixième au quinzième siècle. On compte parmi les plus anciennes, les *Assises de Jérusalem*, coutumier rédigé spécialement à l'usage des Croisés qui fondèrent le royaume chrétien dans la Palestine. La dernière édition de cet ouvrage est celle du comte Beugnot (Paris, 1841-43. Cf. Klimrath, *l. c.*, II, p. 13 et s.). — Le roi Charles VII décréta, par une ordonnance de l'an 1453, que toutes les coutumes seraient soumises à une rédaction officielle, puis sanctionnées, pour avoir force de loi. Cette rédaction officielle eut lieu pendant le quinzième et le seizième siècle, mais ne fut jamais complétement terminée. Voir Klimrath, II, p. 135 et s. — Laferrière, VI, p. 435, a donné une *statistique des coutumes*, de laquelle appert qu'il existait en France 84 *coutumes générales* et 284 *coutumes locales*, en tout 368 coutumes.

[2] A cette catégorie appartiennent les ouvrages suivants du treizième siècle : *Le conseil que Pierre* (de Fontaines) *dona à son amy*, rédigé en 1253-54; dern. publ. par Marnier, Paris, 1846; le *Livre de la royne Blanche*, rédigé par le même de Fontaines et deux autres jurisconsultes, et dédié à la reine Blanche, mère de saint Louis; les *Etablissements de saint Louis*; le *Livre des coutumes et usages de Beauvoisis*, rédigé par Beaumanoir en 1283; c'est la mieux rédigée de toutes les coutumes; dernière public. par Beugnot, Paris, 1842; le *Livre de Justice et de Plet*, publ. par Rapetti, Paris, 1850, etc. Au quatorzième siècle appartiennent : les *Décisions* de Jehan Desmarres (1363); la *Somme rurale*, rédigée par Bouteiller († 1402); le *Grand coutumier de France* (1380-1422), etc.

[3] Cf. Klimrath, *l. c.*, I, p. 166 et s.

le Code Napoléon donna à la France une loi civile générale, le *système dotal* des Romains constitua dans le Midi, ou dans les *provinces de droit écrit*, la règle du régime des biens entre époux [1]. Conformément à ce système, c'était une condition nécessaire du mariage légitime, que la femme apportât dans la société conjugale une dot dont elle était censée avoir la propriété pendant le mariage, quoique le mari en eût seul l'administration pour subvenir aux dépenses communes. Quant à ceux des biens de la femme qui n'étaient pas de nature dotale, ils étaient considérés comme ses biens propres (*biens paraphernaux* ou *extradotaux*), qu'elle administrait seule, indépendamment du mari [2].

Les principes sur lesquels reposait le droit féodal ayant exercé une influence considérable sur le droit privé, il est tout naturel que les droits réciproques des époux en aient été profondément affectés. Il était dans l'esprit des lois féodales de concentrer la puissance territoriale chez les nobles, et de réunir, en général, la possession des immeubles dans les mains de quelques membres de la famille. Les institutions qui découlèrent de ces lois ne pouvaient être favorables à la femme dans les questions de succession ou de partage des biens de l'association conjugale. Aussi, comme conséquence logique des principes féodaux, la femme noble était-elle, dès qu'elle convolait en mariage, exclue de tout droit de succession. L'usage exigeait, il est vrai, qu'elle reçût une dot; mais cette dot dépendait du bon vouloir de son père ou de son *sponsor*, et elle devait se contenter du montant qui lui était accordé. Souvent ce qu'elle apportait dans la maison conjugale ne consistait qu'en *un chapel de roses*, c'est-à-dire un peu plus que rien [3].

A l'égard des droits de la femme sur les biens conjugaux, l'ancien droit coutumier établissait entre la *femme noble* et la

[1] Il y fut toutefois apporté diverses modifications de détail, mais qui ne changèrent jamais la base du système. — Cf. Odier, *l. c.*, III, p. 21-37. La communauté existait cependant dans les provinces *basques*, en vertu d'anciennes coutumes. Voir Laferrière, V, p. 398.

[2] Cf. Laboulaye : *Condition des femmes*, p. 407-408.

[3] Ginoulhiac, *l. c.*, p. 271 : « La dot était d'ailleurs laissée à leur volonté; presque rien suffisait à cette exclusion, et un *chapel de roses* formait souvent toute la dot des filles. » Cf. Laboulaye, *Condition des femmes*, p. 245.

femme roturière une distinction d'où ressortent clairement les sacrifices imposés à la femme par les principes féodaux. Dans les mariages entre *nobles*, le mari recevait le *bail* emportant, comme conséquence légale, la propriété exclusive des *immeubles*, *catealx* et *acquêts* [1]. A la mort de l'époux, la femme ne recevait que son *douaire* [2] et la *vivelotte* [3]. Il n'existait donc aucune communauté des biens entre époux appartenant à cette classe. Dans les mariages entre roturiers, l'effet de la *mainbournie* [4] du mari était que tous les *meubles* et tous les *acquêts* se fondaient, dans les mains de ce dernier, en une masse unique et commune, sans égard à leur origine. Mais à la dissolution du mariage par le décès de l'un des époux, la masse entière se partageait par moitié entre le survivant et les héritiers du défunt. *La communauté des biens était donc en usage chez les classes roturières.* La circonstance qu'une partie des acquêts était reconnue à l'épouse roturière, à l'opposé de ce qui se pratiquait à l'égard de la femme noble, peut être considérée comme une coutume conservée de l'ancien droit des Francs. Mais l'extension des droits de la première jusqu'au partage de tous les biens meubles, a dû résulter du fait que, chez les roturiers, la richesse consistait principalement en biens de cette nature, et qu'il y aurait eu des difficultés à distinguer les biens meubles apportés par les époux de ceux constituant les acquêts. On préféra donc admettre le partage à parts égales de tous ces biens, sans avoir égard à leur origine [5]. Cette part concédée à la femme dans la totalité des propres et des acquêts mobiliers entrait, dans la règle, en vigueur dès la consommation du mariage [6].

[1] Cf, Ginoulhiac, *l. c.*, p. 288-301. — Klimrath, *l. c.*, II, p. 276.

[2] Sur l'origine du *douaire*, voir plus haut, chap. II. — Les opinions sont partagées sur le montant du *douaire coutumier*. Klimrath, *l. c.*, II, p. 286, admet que, d'après la plupart des coutumes, il consistait « dans l'usufruit de la *moitié des immeubles* que le mari possédait au jour du mariage, et de ceux qui lui sont échus depuis en succession directe. » Laboulaye pense, par contre (*l. c.*, p. 263), que « le douaire coutumier était le plus ordinairement du tiers, » à l'appui de quoi il cite les *Olim*.

[3] La *vivelotte* est l'usufruit dont la veuve jouissait pendant le veuvage sur la terre que le mari tenait en roture de son vivant. Cf. Ginoulhiac, p. 304.

[4] Ginoulhiac, p. 290 : « Le mot de *mainbournie* dérive évidemment de l'ancien *mundium* ou *mundeburdium*. »

[5] Cf. Ginoulhiac, *l. c.*, p. 304-8.

[6] Suivant Ginoulhiac, p. 313, c'était la règle d'après les *Etablissements*,

La plupart des coutumes contiennent à cet égard des dispositions identiques. C'était donc une institution distinctive pour tous les pays de droit coutumier[1]. Cependant cette coutume qui, dans le principe, n'était applicable qu'aux roturiers (*gens de poeste*)[2], paraît avoir été étendue d'assez bonne heure[3] au régime des biens entre époux de classe noble[4]. A mesure que la puissance féodale diminua, disparut successivement la raison politique de maintenir, quant au régime des biens, une différence entre les nobles d'une part, les roturiers et les bourgeois

les *Assises*, *Beaumanoir* et plusieurs autres coutumes. — Klimrath, *l. c.*, II, p. 279, admet aussi que : « régulièrement la communauté » commençait « *dès le jour de la bénédiction nuptiale ;* » mais il ajoute qu'exceptionnellement elle n'entrait en vigueur que lorsque les époux avaient vécu ensemble *l'an et jour*. Cf. Odier, *l. c.*, I, p. 38-39. — Laboulaye, *Condition des femmes*, p. 335, soutient une opinion contraire : « *La plupart* de nos anciennes coutumes, dit-il, ne font commencer la *communauté conjugale* que comme toutes les autres communautés, c'est-à-dire *après l'an et jour*. »

[1] Trois coutumes font exception, savoir celles de *Normandie*, d'*Auvergne* et de la *Haute Marche* ; voir Klimrath, II, p. 284. Les deux premières coutumes avaient adopté le *régime dotal*, qui, toutefois, n'est pas *celui des Romains*. Le droit de l'épouse à la dot reçue par elle lors de son mariage s'y rapproche beaucoup plus des institutions du Nord, telles que les exposent la *Grágás* (pr. Grôgôse) pour l'Islande, *l'ancienne loi du Gulaþing* (Gulathing) et celle du *Frostaþing* (Frostathing) pour la Norwége (voir plus bas). Cette ressemblance peut s'expliquer par le fait que les Normands qui s'établirent en Normandie y apportèrent les coutumes de leur pays. — Laferrière, V, p. 642, reconnaît que ce régime dotal de Normandie ne peut venir du régime dotal des Romains : « Nous n'hésitons pas à le dire, il se trouve dans les lois ou les coutumes *scandinaves*. » La coutume de Normandie ne permet pas la communauté des biens. Laferrière voit dans cette exclusion l'influence du *droit anglais* ; voir V, p. 651-52, et VI, p. 473-74. — Le *droit romain* ne réussit jamais à s'établir dans les *pays de droit coutumier*. Klimrath, *l. c.*, I, p. 163 : « Dans les pays coutumiers, le droit romain n'avait qu'*une autorité d'opinion et de doctrine*. »

[2] *Gens de poeste* (*homines potestatis*), roturiers, serfs ; voir, à ce sujet, Dupin et Laboulaye, *Glossaire de l'ancien droit français*.

[3] Ginoulhiac, *l. c.*, p. 308, pense, d'après les *Etablissements*, *Beaumanoir* et *Bouteiller*, que le partage des biens meubles avait lieu quelquefois entre nobles. — Laboulaye, *l. c.*, p. 287-88, ne veut pas voir dans ce fait un commencement de communauté des biens entre époux : « Qu'on ne se hâte pas de voir *la communauté* dans ce partage à moitié, [illegible] n'était qu'un *droit de veuve*. — Disons que *le droit de la femme* [illegible] *droit de survie, qu'elle prenait les meubles et acquêts non comme* [illegible] *commune, mais comme héritière*. »

[4] Laboulaye, *l. c.*, p. 290.

de l'autre. Aussi trouve-t-on, après le quinzième siècle ou depuis que la rédaction officielle des coutumes eut été commencée, la communauté des biens entre époux complétement établie [1], même chez les classes supérieures [2].

[1] Laboulaye, p. 377-78. — Kœnigswarter, *l. c.*, admet que cela eut lieu déjà avant ce temps-là.

[2] Nous avons fait observer plus haut que plusieurs des savants illustres qui se sont, dans ces derniers temps, occupés de l'histoire du droit français, ont émis des opinions divergentes sur la question de savoir si la communauté des biens établie par les Coutumes appartient au droit *germanique*, gaulois, romain ou féodal. Parmi eux, Ginoulhiac, *l. c.*, p. 163, 231, 306-8, 324-25, nous semble avoir prouvé par les meilleures raisons que *le principe* de cette communauté des biens se trouve dans les plus anciennes sources du droit germanique, mais que le développement ultérieur en doit être cherché dans les Coutumes en vigueur chez les *roturiers*. Kœnigswarter, *Histoire de l'organisation de la famille en France*, p. 214-15, admet de même, que le régime de la communauté des biens entre époux qui se trouve dans différentes coutumes françaises, est d'origine *germanique* : « Cette association conjugale s'est développée simultanément *dans toutes les coutumes ayant l'élément germanique pour base* : en France, en Allemagne, en Suisse, dans les Pays-Bas. Son caractère essentiellement germanique, n'est plus contestable aujourd'hui, et c'est dans les coutumes des peuples germaniques qu'on en rencontre les premiers rudiments. » Le fait que la communauté des biens s'est développée, en France, en premier lieu chez les serfs, lui paraît être le résultat d'une circonstance purement accidentelle ; cf. l'article du même auteur, *Études historiques sur le droit civil français* (*Revue de législation et de jurisprudence*), XIV (1841), p. 38-39 ; XVII (1843), p. 431-33. — Dans son premier ouvrage, *Histoire du droit français*, I, p. 175-76, Laferrière pensait que l'on devait chercher dans le *droit féodal* l'origine de la communauté des biens. Chacun sait qu'il existait, d'après ce droit, parmi les serfs vivant sur la même terre *à même pot et feu et à même chanteau*, une entière communauté même dans le cas où il n'existait entre eux aucune parenté. Cette communauté devint aussi en usage chez les *roturiers*, et elle était entrée en vigueur sans qu'il y fût besoin d'une convention expresse (*société tacite*), dès que deux ou trois personnes avaient fait ménage *commun* pendant l'an et jour. Suivant l'opinion de Laferrière, ce même principe était appliqué au ménage conjugal, de sorte que lorsque les époux avaient vécu ensemble cet espace de temps, tous leurs biens étaient communs entre eux. Mais cette théorie ne pourra jamais expliquer d'une manière satisfaisante le fait de l'introduction de la communauté chez les *nobles*. L'opinion de Laferrière a été réfutée tant par Klimrath, I, p. 128-30, et *Revue de législation et de jurisprudence*, IV (1836), p. 59-60, que par Ginoulhiac, p. 317-19. — M. Laboulaye, dont les *Recherches sur la condition des femmes* ont acquis à leur auteur une si juste réputation, pense aussi (p. 333 et suiv., et 370-73) que la communauté des biens entre époux, d'après les *Coutumes*, s'est développée en premier lieu

Le système dotal et celui de la communauté avaient chacun leur territoire distinct avant la révolution de 1789. Le Code Napoléon, devenu plus tard la loi générale de la France entière, abolit l'ancienne division en provinces de droit écrit et en provinces de droit coutumier. Les auteurs de cette loi, sentant toutefois la nécessité d'avoir égard aux anciens usages des habitants des deux parties du pays, admirent à titre égal le régime dotal et le régime de la communauté. Ce dernier, comprenant *tous les biens meubles* et *tous les immeubles acquis pendant le mariage*, doit toutefois être regardé comme le droit commun de France à l'égard de l'association des biens conjugaux [1]. Mais le législateur a permis aux époux de déclarer, par un contrat spécial fait avant le mariage, qu'ils entendent se marier sous le régime dotal [2]. Quoiqu'il existe de la sorte une liberté complète d'option entre les deux systèmes [3], il est toutefois, à ce que nous apprend Ginoulhiac, très-rare que les mariages se concluent, dans le midi de la France, sans la déclaration qu'on se marie sous le régime dotal, et, dans le Nord, il est tout au contraire bien rare de trouver des mariages conclus contre les dispositions du régime de la communauté des biens depuis longtemps en vigueur dans cette partie du pays [4]. Voici donc une preuve par-

chez les serfs comme une suite de l'organisation toute particulière de leur économie privée, et de l'idée d'une communauté existant pour toutes les personnes vivant *à même pain et à même pot*. Telle est, selon lui, l'origine de la première communauté des biens : — « Résultat d'un *fait* plus que d'une loi, elle ne fut point particulière aux époux. — Dans les roture et bourgeoisies, *la communauté conjugale* fut en général de même nature que les communautés de serfs et de vilains. » — Troplong, *Contrat de mariage*, p. CXV-CXXV, admet de même que la communauté des biens entre époux *n'est pas* une institution d'origine germanique; il la fait naître soit du « goût du moyen âge pour l'association, » soit de « la communauté d'habitation, de ménage et de travaux, » qui existait ordinairement entre personnes exerçant le même métier.

[1] *Code civil*, art. 1393. — Cette loi ne parle pas de *douaire*.

[2] *Code civil*, art. 1391. — Le *régime dotal* manque, dit-on, dans le projet du Code civil donné par Cambacérès et Jacquemiuot.

[3] Les juristes français sont encore fort partagés sur la question de préférence des deux systèmes; cf. Marcel, *Du Régime dotal*, Paris, 1842, p. 83-145. Le système de la communauté a trouvé un chaud partisan dans Troplong, *Du Contrat de mariage*, p. CLI-CLXVII.

[4] Ginoulhiac, *l. c.*, p. V-VI; 351 : « Dans ce pays (*le Midi*) on croit encore, et peut-être non sans raison, que le régime dotal est le régime

lante de la ténacité que conservent les anciennes coutumes, même au milieu d'un nouvel état de choses.

CHAPITRE V.

LA COMMUNAUTÉ DES BIENS D'APRÈS LE DROIT HOLLANDAIS, SUISSE, SARDE, ESPAGNOL ET PORTUGAIS.

Nous avons vu l'élément germanique de la communauté des biens s'introduire, pendant le moyen âge, dans les législations de l'Allemagne et de la France. On le retrouve, en outre, dans les lois de différents autres peuples de l'Europe moyenne et de l'Europe méridionale. Ainsi le régime de la communauté fut connu de bonne heure en *Hollande*, pendant le moyen âge [1], et il y existe encore pour tous les biens des époux, d'après le Code civil de 1837 [2]. Les dispositions du droit hollandais sur la communauté des biens entre époux ont passé de la mère patrie dans les colonies hollandaises, et c'est pour cette raison que la communauté est encore en vigueur à *Ceylan* et au *cap de Bonne-Espérance*, quoique ces colonies n'appartiennent plus à la Hollande [3].

Les lois des divers États de la *Confédération suisse* [4] ont admis, depuis des temps reculés, soit le régime d'une communauté universelle ou restreinte, soit le régime dotal.

Le régime de la communauté a été en vigueur dans l'île de *Sardaigne*, d'après la *Carta di Logù* (du quatorzième siècle) [5].

par excellence, et *l'on n'y trouve que de rares exemples de communauté.* — Dans *le Nord*, on n'est pas resté en arrière de patriotisme ; *la communauté y est non seulement en vigueur, mais on n'y conçoit pas même l'existence et l'adoption du régime dotal.* Le législateur a eu beau faire, *il y a toujours des pays de coutumes et des pays de droit écrit, de la communauté et du régime dotal.* » Cf. Molinier, *Aperçus juridiques et économiques sur le régime de la communauté, sur le regime dotal*, etc. (*Revue étrangère et française*), IX (1842), p. 1-2.

[1] Mittermaier, *l. c.*, II, § 384, note 29.

[2] Burgerlyk Wetboek, 1, 7 ; 1 ; voir la traduction dans A. de Saint-Joseph, *Concordance entre les codes étrangers*, p. 77.

[3] Burge, *Commentaries on colonial and foreign Laws*, I, p. 276.

[4] Blumtschli, *Rechtsgeschichte*, I, p. 447-57 ; II, p. 186-89. Mittermaier, II, § 384, note 29. — Odier, *l. c.*, I, p. 23.

[5] Voir Gans, *l. c.*, III, p. 325.

Mais la nouvelle loi civile (*Codice civile per gli Stati di Sardegna*) de 1837 déclare le régime dotal droit commun du pays; la communauté est permise pour les acquêts, mais seulement après un contrat fait avant l'entrée en mariage [1].

La plus ancienne source du droit *espagnol*, le *Fuero juzgo* [2], basé sur les lois des Wisigoths, présente des traces évidentes des principes fondamentaux de la communauté [3]. On trouve en second lieu le droit de la femme à la moitié de tous les biens meubles et de tous les immeubles acquis pendant le mariage, établi d'une manière positive dans un grand nombre des anciennes lois municipales (*fueros*), ainsi que dans le *Fuero real* [4]. Cette dernière loi permettait même l'entrée en vigueur d'une communauté universelle (*hermandad*) après un an de mariage, si les époux n'avaient pas d'enfants, et que le droit de succession ne l'empêchât pas [5]. Quelques *fueros* statuent de même une communauté des biens universelle [6]. Les *Siete Partidas* (1256-1263) du roi Alphonse, dit le Sage, manquent de toute disposition à l'égard de la communauté, sans doute par la raison que cette loi est en majeure partie basée sur le droit romain et sur le droit canonique. Par contre, la *Recopilacion de las leyes* (1567) de Philippe II reconnaît pleinement la communauté à *parts*

[1] Art. 1573.

[2] Sur les rédactions de la loi des Wisigoths, voir la dissertation de Tejada dans le *Kritische Zeitschrift f. Rechtsw. u. Gesetzgeb. d. Ausl.*, XI, 388-89.

[3] De la Serna y Montalban, *Elementos del derecho civil y penal de España*, Madrid, 1851, I, p. 256 : « *La sociedad legal* procedente del matrimonio, « desconocida por los Romanos, que hacian dueño al marido de las ga- « nancias adquiridas durante el enlace, *fué introducida por los Visigodos al* « *tiempo del conquista*. Participes las mugeres de las fatigas, espediciones y « combates de sus maridos, se creyó que debian participar de las presas « hechas al enemigo. *El Fuero-Juzgo elevó a ley esta costumbre y la gene-* « *ralizó a toda clase de adquisiciones; y desde esta época se conoce entre nos-* « *otros la sociedad legal.* »

[4] De la première moitié du treizième siècle.

[5] *Fuero real de España*, III, 3, 1 (*Los Codigos españoles*, Madrid, 1847, I, p. 378) : « Toda cosa que el marido é la muger ganáren, ó compráren « de consuno, hayanlo ambos por *medio*. » — III, 6, 9 (p. 384) : « Si el « marido é la muger ficieren *hermandad de sus bienes*, de que fuere el año « pasado que casáren en uno, no habiendo fijos de consuno, ni de otra « parte que hayan derecho de heredar, vala tal hermandad. »

[6] Gans, III, p. 395.

égales, quoiqu'elle soit restreinte aux acquêts [1]. La *Novissima Recopilacion* (1805) contient les mêmes dispositions, et remet en outre en vigueur l'ancienne disposition du *Fuero real*, portant que tous les revenus des biens propres des époux appartiennent à la masse commune [2]. La disposition mentionnée plus haut à l'égard de la moitié des acquêts [3] est encore en vigueur dans l'ancienne colonie espagnole du *Mexique* [4]. Tous ces faits montrent que le principe *germanique* de la communauté, héritage des anciens Wisigoths d'Espagne, a poussé de si profondes racines dans les mœurs du peuple espagnol, qu'il n'a pu être effacé d'une législation reposant en majeure partie, à tous les autres égards, sur les bases du droit romain.

Quant au *Portugal*, une communauté complète, impliquant tous les biens des époux, y est considérée avoir existé depuis les temps les plus reculés, hors certains cas pour lesquels le régime dotal est spécialement admis [5].

CHAPITRE VI.

ABSENCE DU RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ EN ANGLETERRE, ET CAUSES DE CETTE ABSENCE.

On s'attendrait à voir en *Angleterre*, pays dont les institutions juridiques sont sorties des anciennes traditions et coutumes anglo-saxonnes, et surtout normandes, la communauté des biens entre époux reconnue et établie comme dans toutes les contrées ayant une législation d'origine germanique. Ce n'est toutefois pas le cas. De nos jours encore, le droit anglais refuse à la femme

[1] Gans, III, p. 429, 447.

[2] *Novissima Recopilacion*, X, 4, 1-2, 3 (*Los Codigos españoles*, IX, p. 325) : « Magüer que el marido haya mas que la muger, ó la muger mas que el « marido, quier en heredad quier en mueble, *los frutos sean communes* « de ambos á dos. » X, 4, 5. — Les biens communs se nomment *bienes gananciales*. Sur la signification de ce mot, voir Escriche : *Diccionario razonado de legislacion y jurisprudencia*. Madrid, 1847, I, p. 442.

[3] Sala, *Illustracion del derecho español*, Paris, 1844, I, p. 51 : « El dominio « de los bienes adquiridos durante el matrimonio, á los que solemos llamar « *gananciales*, es comun *por mitad* del marito y la muger. »

[4] Cf. Schmidt, *The Civil law of Spain and Mexico*, New Orleans, 1851, p. 12-17.

[5] Gans, III, p. 461.

une part commune avec le mari dans les biens conjugaux. Ce fait, présenté par un pays comme l'Angleterre, montre que la communauté des biens entre époux n'est pas seulement, comme on l'a soutenu parfois, un fruit du pouvoir qu'a le christianisme d'adoucir les mœurs, ou de la victoire de la civilisation qui se manifeste dans l'émancipation de la femme de l'autorité absolue du mari. Pour s'expliquer un fait si étrange chez un peuple qui prétend marcher, à tant d'égards, à la tête de la civilisation, et dont le droit est en outre, comme nous devons le dire, d'origine germanique, il est nécessaire de jeter un coup d'œil rétrospectif sur les anciennes lois de l'Angleterre concernant le régime de l'association conjugale.

Les coutumes anglo-saxonnes exigeaient, à l'égal de celles d'origine germanique, comme condition nécessaire de la validité du mariage (*ae, aew*) [1], que des fiançailles [2] précédassent la tradition solennelle de la fiancée. On y stipulait les conditions auxquelles les *sponsores* (*forsprecan*) permettaient le mariage, et le fiancé (*brudgyma*) constituait, en leur faveur, une certaine somme (*ceap, seatt*) [3], ainsi qu'à la fiancée, non-seulement un *Morgengabe* (*morgengifu*) [4], mais encore une donation pour le cas où elle lui survivrait comme veuve [5]. Cette somme donnait au mariage l'apparence d'un achat, mais la signification en était

[1] Le sens propre de ce mot est *lex, vinculum, matrimonium* ; voir Grimm, *l. c.*, p. 417-18, et Phillips : *Geschichte des Angelsächsischen Rechts*. Gottingue, 1825, p. 129.

[2] Des dispositions détaillées se trouvent à cet égard dans les *Domas* (*of betrothing a woman*) du roi *Edmond* (940–46), chez Thorpe, *Ancient laws and institutes of England*. Londres, 1840, p. 108-9. Cf. avec la traduction de Thorpe, celle de Davoud-Oghlou, *l. c.*, II, p. 356-58.

[3] *Domas* du roi *Aethelbirth*, 77 (p. 9) ; 83 (p. 10) ; *Domas* du roi *Ine*, 31 (p. 53). — Cf. l'interprétation divergente chez Phillips, *l. c.*, p. 131, et la remarque de Thorpe, p. 53. — Thorpe, p. 108, croit que le mot *foster-lean* est une autre dénomination de cette somme ; cf. le *Glossaire*.

[4] *Domas* du roi *Aethelbirth*, 84 (p. 10) ; cf. Phillips, p. 143, et Davoud-Oghlou, II, p. 358.

[5] *Domas* du roi *Edmond*, 5, *Des Fiançailles* (voir note 2). Phillips, p. 144, croit que, dans le droit anglo-saxon, le Morgengabe remplaçait le douaire (*dos*, dower) ; mais Gans, IV, p. 295 ; Davoud-Oghlou, II, p. 357, et Thorpe, p. 108, note *d*, admettent, sur de bonnes raisons, que le Morgengabe et le gain de survie existaient dans ce droit comme *deux* avantages complétement indépendants l'un de l'autre, en faveur de la veuve.

à coup sûr la même que chez les tribus germaniques de l'Allemagne et de la France, dont nous avons parlé dans les chapitres précédents. La grandeur de la donation à la veuve paraît avoir, dans le principe, dépendu des conventions stipulées. Quoiqu'il en soit à cet égard, l'usage semble enfin s'être établi de donner à la veuve le tiers des biens meubles de l'époux [1], dès qu'il n'en avait pas été stipulé autrement avant la célébration du mariage : de même, lorsqu'une convention spéciale était passée, l'usufruit de la moitié *au plus* des biens du mari pouvait lui être alloué, dans le cas où l'union serait stérile ; cet usufruit s'étendait, par contre, à tous les biens s'il y avait des enfants, et que la veuve se chargeât de leur éducation [2]. Le *Morgengabe* paraît s'être entièrement confondu dans la suite avec le douaire (*dower*), qui, même après que l'achat fictif eut totalement cessé d'être en usage [3], constituait le droit le plus important de la femme dans les biens conjugaux.

D'après les sources du droit coutumier (*common law*) de l'Angleterre, le *dower* paraît avoir été fixé de la sorte qu'il ne devait pas dépasser le tiers de la *francke tenure* (*freehold*, *liberum tenementum*) que possédait le mari au moment du mariage ; il était cependant d'usage d'accorder à la femme, à titre de douaire, la moitié et même la totalité des biens tenus en fief [4]. Pendant le mariage, la femme n'avait aucun droit sur les biens désignés pour son douaire futur ; ses droits à cet égard n'existaient qu'après la mort du mari. A tous les autres égards, elle ne pouvait élever aucune prétention sur la masse, et, de la sorte, ni les lois anglo-saxonnes, ni celles postérieures à la con-

[1] Cf. Thorpe, p. 108.

[2] Cf. Thorpe, *l. c.*, et Davoud-Oghlou, II, p. 357.

[3] Les *Domas* du roi *Kanut*, 75 (p. 179) sont considérés contenir une disposition prohibitive contre l'achat de la fiancée ; voir Grimm, *l. c.*, p. 422. — Gans, IV, p. 299 ; Kolderup-Rosenvinge, *Grundrids af den danske Retshistorie*. Copenhague, 1832, I, p. 153 ; Thorpe, p. 179, est d'une autre opinion.

[4] Thorpe, dans son *Glossaire* aux *Ancients Laws of England*, cite à cet égard Glanvilla († 1190). — Gans, IV, p. 333-41, cite de même Glanvilla et Bracton, *De leg. et cons. Angliæ*, ainsi que Littleton, *on Tenures*. Cf. Phillips, *Englische Reichs-u. Rechts-Geschichte*. Berlin, 1828, II, p. 155, et, à l'Appendice, Glanvilla (*Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliæ*, lib. VI, I (p. 381).

quête des Normands, ne connurent une communauté des biens entre époux. Ce ne fut pas, toutefois, le régime dotal des Romains qui, en Angleterre, empêcha d'une façon directe la naissance du régime de la communauté, parce que le droit romain n'y a jamais été employé comme droit subsidiaire [1]. La cause doit donc être cherchée ailleurs, savoir dans *la législation féodale* des Normands, et dans ses principes rigoureux sur le droit de propriété foncière, ainsi que sur la transmission, d'une main à l'autre, des propriétés territoriales.

Le fait que la communauté des biens entre époux est encore totalement inconnue en Angleterre, dépend d'une cause purement *politique*. Il est une conséquence rigoureuse du principe qui contribue encore de nos jours à maintenir dans ce pays une puissante *aristocratie territoriale*. Or, cette aristocratie ne peut exister que par la loi de succession aux héritages qui y est en vigueur. D'après ladite loi, les femmes, au même degré de parenté que les mâles, sont exclues de la succession aux biens-fonds, et le droit d'aînesse décide de la priorité entre les mâles [2]. La tendance du système est donc de *concentrer les grandes fortunes territoriales dans les mains de quelques individus, et d'en empêcher le morcellement*. Une modification à cette loi, par laquelle la femme serait, au même degré, appelée à la succession avec l'homme, ou par laquelle le droit d'aînesse serait aboli pour faire place à un partage à lots égaux, aurait bientôt renversé tout l'édifice aristocratique. Il ne faut donc pas s'attendre à trouver une communauté des biens entre époux dans un pays où les intérêts politiques ont poussé la législation dans une direction semblable. Les principes de la succession aux héritages et ceux réglant l'association des biens des époux doivent être en harmonie les uns avec les autres, si l'on veut atteindre le but que nous venons de mentionner. Quoique la législation anglaise

[1] Cf. de Savigny, *Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter*, IV, p. 356, et Phillips, *über die Reception und das Studium d. Röm. Rechts in England*, dans la *Krit. Zeitschrift f. Rechtsw. u. Gesetzg.*, I, p. 400–15. On ne peut nier, toutefois, que le droit romain n'ait pu exercer une influence indirecte à cet égard. Cf. Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, II, 2, 9; III, 2, 29.

[2] Cf. Stephen, *New Commentaries on the Laws of England*. Londres, 1848, I, p. 376-78.

admette actuellement que l'homme et la femme ne constituent juridiquement qu'une seule personne, et bien que ce principe entraîne les conséquences légales les plus importantes, on ne trouve toutefois, pour les causes émises plus haut, pas la moindre trace de biens communs à tous les deux [1]. Le mariage consommé, la femme devient ce que la terminologie légale des Anglais nomme *a feme covert* [2], c'est-à-dire qu'elle passe sous la tutelle du mari, et ne peut plus, d'après la règle, exercer des droits de propriété. Le mari est considéré comme ayant un droit presque illimité d'administration sur les *freeholds* (franches tenures) [3] apportés par elle dans l'association conjugale, et les revenus de ces biens appartiennent à lui seul. Il en est de même des *chattels real* [4] de la femme, lesquels deviennent la propriété du mari, s'il survit à son épouse. Les biens meubles (*personal chattels*) qu'elle avait étant fille, ou ceux reçus par elle pendant le mariage, deviennent aussi la propriété du mari, et il n'y a d'exception que pour ses vêtements, ses objets de literie et ses parures. Ces effets, qui portent le nom général de *paraphernalia* (biens paraphernaux), sont sa propriété exclusive [5]. A la dissolution du mariage par la mort de l'époux, son seul droit dans la masse est le *dower* (douaire), c'est-à-dire le droit de viduité en vertu duquel elle reçoit, pour le temps de son veuvage, l'usufruit du *tiers* de tous les immeubles qui ont constitué, à titre de *freeholds*, la propriété du mari [6].

[1] En Écosse, on trouve toutefois une communauté des biens fondée sur la coutume, mais restreinte aux seuls biens *meubles*. Si le mari meurt le premier, et qu'il y ait des enfants, la femme reçoit un tiers, et, dès qu'il n'y a pas d'enfants, la moitié de ces biens. Si la femme meurt la première, ses enfants reçoivent, à titre de succession maternelle, la moitié de tous les biens meubles.

[2] Cf. Stephen, *l. c.*, II, p. 245.

[3] Pour la signification du mot *freehold*, voir Stephen, I, p. 221 et suiv.

[4] Voir Stephen, I, p. 268-69.

[5] Cf. Stephen, II, p. 246-49.

[6] Stephen, I, p. 257; II, p. 250 : « *The third part of all lands and tene-* « *ments in fee simple or fee tail*, of which the husband was seized, either « in law or in fact, at any time during the coverture. » — Les *Tenures of copyhold* ne peuvent être données en douaire. Voir à cet égard Stephen, I, p. 593.

CHAPITRE VII.

DE LA COMMUNAUTÉ D'APRÈS DIFFÉRENTES LOIS EN VIGUEUR EN AMÉRIQUE.

Les divers États de l'Amérique du Nord, dont les lois sont en majeure partie basées sur le droit anglais, ne reconnaissent pas de communauté des biens entre époux. Dans quelques États on l'a remplacée, comme en Angleterre, par un douaire [1] au bénéfice de la veuve, tandis que la plupart des autres paraissent avoir adopté le principe que les époux doivent être, autant que possible, indépendants l'un de l'autre sous le rapport de leurs biens [2], et qu'il faut, pour cette raison, leur laisser à chacun la pleine propriété de leurs biens respectifs et le droit le plus complet de disposition à leur égard [3]. L'État de *Louisiane*, primitivement colonie espagnole, a toutefois conservé la communauté des acquêts en vigueur dans l'ancienne patrie de ses habitants [4]. Nous avons vu, page 291, que la législation *mexicaine*, basée sur le droit espagnol, reconnaît la communauté comme la règle dans le régime des biens conjugaux. C'est aussi le cas à *la Trinité*, jadis colonie espagnole, actuellement colonie anglaise, de sorte que, d'après le droit espagnol, les époux y jouissent de la communauté des biens acquis pendant le mariage (*bienes gananciales*).

Le *Canada*, jadis colonie française, conserve encore aujour-

[1] *Code of Virginia*, tit. XXXI, chap. CX, § 1 : « A widow shall be endowed « of one-third of all the real estate, whereof her husband or any other « to his use, was, at any time during the coverture, seized of an estate « of inheritance, etc.

[2] Cf. Kent, *Commentaries on American Laws*, New-York, 1851, II, p. 107 et suiv. : « By the laws of *Texas*, it is provided that all the pro- « perty of the husband on marriage, and all his future acquisitions, shall « be his separate property; and that the property of the wife, owned at « the time of marriage, or thereafter acquired, shall be her separate pro- « perty. » Cf. *l. c.*, une loi de 1850 pour l'État d'*Alabama*.

[3] Dans l'État de New-York, une loi du 7 avril 1848 et du 11 mai 1849 statue : « That the property of a woman thereafter marrying should con- « tinue her sole and separate property as if she were a single female, not « liable to her husbands debts, nor subject to his disposal. » Kent, *l. c.*

[4] *Code of Louisiana* (de l'année 1824), art. 2, 312; 2, 369-70.

d'hui le régime de la communauté d'après la coutume de Paris. C'est, par conséquent, la seule des anciennes coutumes françaises qui ait conservé force de loi jusqu'à nos jours, et cela sur une terre étrangère. La *Guyane* [1] possède de même une communauté des biens établie sur la double base du droit hollandais et du droit français, transportés dans le nouveau monde par les colons venus de Hollande et de France.

C'est un fait bien remarquable que cette existence de la communauté des biens entre époux dans toutes les parties du monde où les Espagnols, les Portugais, les Hollandais et les Français ont fondé des colonies. Nous ne connaissons pas toutes les lois du *Brésil*, ni celles des autres États de l'Amérique du Sud à cet égard, mais nous avons toute raison de supposer que la communauté des biens y est encore la règle, d'après le droit portugais et le droit espagnol. Ce dernier est en vigueur dans la *Bande orientale*, à *Buenos-Ayres*, dans la *République Argentine* et au *Paraguay*.

CHAPITRE VIII.

LÉGISLATION RUSSE : ABSENCE DE LA COMMUNAUTÉ DES BIENS ENTRE ÉPOUX.

Une révision longtemps projetée du droit russe fut terminée sous le règne de l'empereur Nicolas I[er]. Le nouveau code (*Svod*), fruit de ce travail, entra en vigueur en 1835 [2]. Il contient des dispositions précises à l'égard du régime des biens conjugaux, mais ne reconnaît aucuns biens communs entre les époux [3]. Il statue, comme règle, que chaque époux a ses biens propres, dont il dispose librement [4]. Nous n'osons décider si ces dispositions proviennent, en tout ou en partie, de l'influence du droit romain sur la législation russe, ou si l'on ne doit pas plutôt les

[1] Burge, *l. c.*, I, p. 413 ; 335 ; 276.

[2] *Code civil de l'empire de Russie*, traduction française de Foucher, dans la *Collection des lois civiles et criminelles des Etats modernes*. Rennes, 1841.

[3] ART. 80 : « Le mariage n'emporte pas la communauté des biens. Sont personnels à chaque époux les biens qu'il a eus au moment du mariage, ainsi que ceux qu'il a acquis depuis. »

[4] ART. 84 : « Chacun des époux est libre, quant à ses biens personnels, d'en disposer à titre de vente, etc., sans le concours du consentement ou de la procuration de l'autre époux. » Cf. art. 5,

attribuer à d'anciennes traditions slaves. Nous avons seulement voulu appeler l'attention sur ce fait que, dans le grand empire russe, où le code ci-dessus est en vigueur, il n'existe aucune communauté des biens entre époux. La Finlande seule fait exception, le code suédois de 1734, lequel statue le principe de la communauté, continuant à y avoir force de loi.

K. D'OLIVECRONA,
Professeur de droit à l'Université royale d'Upsal,
chevalier de l'ordre royal de l'Etoile polaire.

(*La suite au prochain numéro.*)

BIBLIOGRAPHIE.

Considérations sur la loi relative à l'instruction des flagrants délits, par M. Denombe, docteur en droit, procureur impérial à Quimper; 1 vol. in-8°, chez Durand, éditeur, rue des Grès-Sorbonne, 7. Prix : 3 francs.

S'il est une prérogative dont un citoyen d'un État libre doive être jaloux, s'il est un droit respectable parmi les plus sacrés, c'est, à coup sûr, la liberté individuelle. Cependant, quelque respectable, quelque sacré que soit ce principe, il est parfois obligé de céder devant les exigences d'une juste nécessité. L'instruction des crimes et des délits demande souvent au citoyen le sacrifice provisoire de sa liberté, alors même que plus tard une ordonnance du juge d'instruction, ou un jugement, vient déclarer son innocence ou l'impossibilité de prolonger les poursuites. La détention préventive est un mal nécessaire ; songer à l'abolir en principe serait, dans nos mœurs françaises surtout, un rêve impossible à réaliser actuellement.

Mais l'abréger autant que possible, réduire les lenteurs des formalités de la procédure quand elles ne sont pas indispensables, quand l'affaire est claire, évidente, est *un flagrant délit*, telle devait être la préoccupation du législateur.

Aussi le gouvernement de l'Empereur, toujours prêt à prendre l'initiative des idées généreuses et libérales, soumettait, l'année dernière, au Corps législatif un projet de loi tendant à atteindre ce but, et les Chambres, s'associant à cette idée, votaient la loi qui est devenue *celle du 20 mai 1863 sur l'instruction des flagrants délits.*

Comme toute œuvre sortie des mains de l'homme, la loi du 20 mai peut renfermer quelques imperfections, mais elle est en même temps susceptible de perfectionnement. C'est ce qui nous explique, nous dit l'auteur du Traité que nous allons succinctement analyser, pourquoi « elle a été considérée par les uns comme une innovation féconde en résultats utiles, et critiquée par d'autres outre mesure comme apportant un principe de trouble et d'anarchie dans l'économie de nos lois d'instruction criminelle. »

Examiner la loi du 20 mai 1863 dans son ensemble et dans

les modifications qu'elle a apportées aux anciennes lois de la procédure criminelle, approfondir la véritable portée que doivent avoir ces modifications, rechercher les perfectionnements que le législateur pourra plus tard apporter à son œuvre, enfin discuter et résoudre les difficultés que peut soulever l'application de la loi sur les flagrants délits ; tel a été le but que s'est proposé d'atteindre l'auteur des *Considérations*.

L'ouvrage de M. Derome se divise en deux parties principales : la première est consacrée à l'examen critique, théorique et pratique de la loi du 20 mai 1863 ; la seconde renferme tous les documents législatifs et judiciaires qui peuvent éclairer le jugement de ceux qui veulent étudier cette matière. Ce sont : l'exposé des motifs de la loi, le rapport et la discussion au Corps législatif et au Sénat, les monuments de jurisprudence qui se sont déjà produits, enfin la manière de procéder en usage au parquet du tribunal de la Seine. A ce point de vue, l'ouvrage de M. Derome est un manuel complet de la loi sur les flagrants délits, où le magistrat pourra trouver réuni tout ce qui est nécessaire à l'intelligence du texte et se pénétrer du véritable esprit qui a guidé le législateur.

Quant à la première partie, ainsi que nous l'avons dit, elle contient l'examen des innovations que la loi du 20 mai 1863 a apportées dans nos lois de procédure criminelle.

Dans un premier chapitre, M. Derome recherche ce qu'on doit entendre par flagrant délit, et dans quels cas il tombe sous l'application de la loi du 20 mai 1863. « Le principe, dit l'auteur, que vous trouvez dans la loi du 20 mai, c'est qu'il faut juger simplement ce qui est simple, avec célérité ce qui ne demande aucun délai..... Simplicité extrême du fait incriminé d'une part, et d'autre part, nécessité de s'assurer cependant de la personne de l'inculpé, telles sont les deux idées principales sur lesquelles repose le système de la nouvelle loi. » Ainsi délit flagrant, preuve non moins flagrante, aveux de l'inculpé, ou dénégations impossibles, instruction préparatoire inutile par conséquent, toutes les fois que ces éléments se rencontreront dans une affaire, à quoi bon subir les lenteurs de la procédure ordinaire ? Voilà dans quels cas devra être appliquée la loi du 20 mai 1863.

L'auteur réfute ensuite le reproche qu'on a fait à la loi de

confondre les attributions du ministère public et du juge d'instruction, notamment de conférer au procureur impérial le droit de renvoi devant les tribunaux de répression. Il démontre péremptoirement que la loi du 20 mai n'a rien innové sur ce point. « Si l'on compare, dit-il, les articles 1 et 2 de la loi du 20 mai avec l'article 182 du Code d'instruction criminelle, on se convaincra que ces deux textes supposent évidemment un principe identique, c'est que le ministère public peut décider, *proprio motu*, le renvoi de l'inculpé devant le tribunal correctionnel. »

La loi du 20 mai, désireuse d'abréger la détention préventive, d'arriver à un jugement qui suivît de près les poursuites, devait donner aux magistrats les moyens d'appliquer ce principe. Mais il fallait nécessairement alors supprimer les délais établis par les anciennes lois, et armer le ministère public d'un droit nouveau, celui de maintenir l'arrestation. Ne sont-ce pas là des innovations complètes et dangereuses peut-être dans certains cas pour les intérêts des inculpés ? C'est ce que M. Deromé examine successivement dans les chapitres II et III de son Traité.

Abordant en premier lieu la question du mandat de dépôt remis aux mains du procureur impérial, il nous montre que l'innovation n'est pas encore aussi complète qu'on pourrait tout d'abord le supposer. Le Code de 1808 donne au procureur impérial et même à ses auxiliaires le droit de mise en arrestation en cas de crime flagrant et sans l'intervention du juge d'instruction. Ce même code permet au ministère public, même pour les délits les moins graves, de maintenir l'inculpé en arrestation pendant vingt-quatre heures, jusqu'à l'interrogatoire du juge d'instruction. Qu'a donc fait la loi du 20 mai 1863 ? Elle a consacré d'une manière précise, pour quelques cas les moins favorables à l'inculpé, ce droit mis tous les jours en pratique par la nécessité même des choses ; et d'ailleurs qui veut la fin veut les moyens ; s'il y a des cas où les formalités d'une procédure plus longue ne sont pas nécessaires, il est néanmoins indispensable de s'assurer de la personne de l'inculpé ; il fallait donc conférer ce droit au ministère public. La loi d'ailleurs n'a-t-elle pas apporté aussitôt un tempérament à ce droit qui peut paraître exorbitant ? L'inculpé doit être jugé immédiatement si cela est possible, au plus tard dans les vingt-quatre heures ; le droit

du ministère public n'est-il pas réduit par là même aux plus strictes limites de la nécessité ?

Cependant, M. Derome trouverait préférable, et c'est un point qu'il espère voir consacrer dans la suite par le législateur, il serait, suivant lui, plus conforme aux principes de notre droit criminel que le ministère public ne fût armé que d'un droit d'arrestation provisoire. Le tribunal, lui, aurait à confirmer ou à rejeter cette mesure d'arrestation prise par le procureur impérial ; c'est lui qui décernerait le véritable mandat de dépôt, lui qui serait appelé par là à examiner toujours et forcément si le maintien en arrestation de l'inculpé est nécessaire. « L'arrestation définitive émanerait alors d'un juge auquel personne ne contesterait le droit de se substituer au juge d'instruction. » Tous les intérêts de l'accusé seraient ainsi sauvegardés ; ce ne serait plus à lui, ignorant peut-être ses droits, à demander la mainlevée du mandat de dépôt; ce serait au tribunal à examiner et à résoudre directement et expressément la question.

En ce qui concerne les délais, l'innovation sur ce point encore n'est pas radicale. L'auteur nous montre, les textes à la main, que le législateur de 1808 avait estimé qu'un délai de trois jours était suffisant au prévenu pour rassembler ses moyens de défense à partir du moment où il avait connaissance de la citation qui lui était donnée. Il pouvait d'ailleurs renoncer au bénéfice de ce délai. La loi de 1863 n'a point enlevé au prévenu cette prérogative équitable ; elle lui donne formellement le droit de demander au tribunal ce délai de trois jours que lui accordait le Code de 1808. Le tribunal n'est point tenu de juger immédiatement, d'une manière prématurée ; bien plus, c'est un délai qu'il ne peut refuser à l'inculpé qui le demande ; sitôt qu'il le désire, il doit lui être accordé. Les intérêts de la défense sur ce point sont donc entièrement sauvegardés.

Enfin, dans un dernier chapitre, l'auteur nous fait toucher du doigt les difficultés que peuvent faire naître l'interprétation et l'application de quelques articles de la loi.

Nous voyons ainsi successivement se résoudre les principales questions que peut faire naître un conflit d'attributions entre le ministère public, le tribunal et le juge d'instruction, et notamment M. Derome croit que c'est au procureur impérial seul à apprécier s'il y a lieu de saisir immédiatement le tribunal ou de

recourir à une instruction préparatoire ; c'est lui qui est juge de cette question et c'est sous sa responsabilité qu'il opère.

Tel est, en résumé, le traité de M. Derome. Il nous fait voir que loin de renverser, d'amoindrir même les garanties que réclame la défense de tout accusé, et sans s'écarter trop des traditions et des principes de notre droit criminel, la loi du 20 mai 1863 est une œuvre de progrès ; il nous signale quelques perfectionnements dont elle est susceptible encore et nous trace les moyens de l'interpréter avec sagesse et impartialité ; le cadre qu'il s'est tracé a été consciencieusement rempli, et toutes les questions qui peuvent surgir judicieusement élaborées.

Aussi de nombreux témoignages de sympathie lui sont-ils acquis. Quant à nous, s'il nous est permis de joindre notre appréciation à des preuves d'intérêt données par des hommes éminents, nous dirons que le livre de M. Derome est un livre essentiellement utile au magistrat, au moraliste et au jurisconsulte.

A. Stot,
Avocat à Quimper.

De la correspondance privée, postale ou télégraphique, dans ses rapports avec le droit civil, le droit commercial, le droit administratif et le droit pénal, par Edgar Hepp, secrétaire particulier du préfet du Bas-Rhin, docteur en droit.

Le droit, comme toutes les autres branches de l'activité humaine, se ressent nécessairement des modifications ou des découvertes qui se réalisent dans le cercle de nos connaissances et leur ouvrent un horizon de plus en plus vaste. Les progrès des sciences physiques et naturelles ont fait naître parmi nous de nouveaux besoins, créé des situations inconnues jusqu'alors, établi entre les hommes des rapports auxquels le droit n'a pu demeurer étranger. Les découvertes de la chimie, les progrès de la médecine, l'emploi de la vapeur comme moyen de transport, de l'électricité comme moyen de communication, ont donné naissance, dans la science du droit, à des questions nouvelles qui, toutefois, n'ont pas encore été explorées d'une manière complète et approfondie. Ce serait un sujet d'étude vraiment curieux que de rechercher les rapports du droit avec les inventions de la science moderne, et l'influence de ces dernières sur la législation civile, commerciale, administrative et pénale.

Cette étude vient d'être entreprise avec un rare talent par un jeune docteur de la Faculté de Strasbourg, mais à l'égard de la télégraphie électrique seulement, considérée comme moyen de correspondance. M. Edgar Hepp intitule son ouvrage : *De la correspondance privée, postale ou télégraphique*, dans ses rapports avec le droit civil, le droit commercial, le droit administratif et le droit pénal.

Par la bibliographie inscrite en tête de cet ouvrage, l'auteur nous apprend que ce sujet a surtout attiré jusqu'à ce jour l'attention des jurisconsultes allemands et italiens ; la France était restée en retard, elle ne possédait qu'une traduction de l'ouvrage italien de Sérafini, faite par M. Lavialle de Lameillère (Durand, Paris, 1863) ; l'œuvre de M. Hepp vient donc combler une véritable lacune dans notre littérature juridique.

Cette monographie se divise en trois parties. La première partie forme une sorte d'introduction dans laquelle l'auteur nous donne quelques notions historiques et générales sur l'administration des postes et sur l'administration des télégraphes ; il indique aussi les principaux textes législatifs de la matière.

La seconde partie est intitulée : « Des rapports généraux qui naissent entre les administrations, postales ou télégraphiques, et les particuliers. » L'auteur la divise en quatre chapitres.

Le premier concerne le monopole des postes et les contraventions postales ; l'auteur combat, en théorie du moins, le principe du monopole et préfère celui de la libre concurrence. La règle de la liberté du commerce y gagnerait sans aucun doute, mais la masse des particuliers pourrait-elle en tirer un grand profit ? Le service serait-il mieux fait ? Et d'ailleurs ne faudrait-il pas remplacer l'impôt des postes par un autre ? Question toujours très-grave.

Du monopole des postes, l'auteur passe tout naturellement à celui des télégraphes : c'est l'objet du chapitre II. On commença, en France, par réserver l'usage de la télégraphie au gouvernement ; mais l'exemple des pays voisins ne tarda pas à obliger le gouvernement à mettre le télégraphe électrique à la disposition des particuliers (loi du 29 novembre 1850). Toutefois, aucune ligne télégraphique ne peut être établie que par le gouvernement, ou du moins *avec son autorisation* ; ce monopole est donc moins absolu qu'à l'égard des postes.

Le chapitre III pose le principe de l'inviolabilité de la correspondance privée, soit par lettres, soit par télégrammes, en même temps qu'il en détermine les exceptions.

Enfin l'auteur termine cette seconde partie en se demandant quelle est la nature des rapports conventionnels qui s'établissent entre les administrations, postales ou télégraphiques, et les particuliers.

En ce qui concerne les postes, la question n'est pas douteuse : il se forme entre l'expéditeur et l'administration un contrat de louage d'ouvrage analogue à celui qui intervient entre l'expéditeur de marchandises et le courtier (art. 1782 à 1785 du Code Napoléon). Mais la question est plus délicate à l'égard de l'administration des télégraphes. Certains auteurs ont soutenu qu'il fallait assimiler cette administration à un messager, d'autres à un mandataire, d'autres enfin à un courtier. M. Hepp réfute ces différentes opinions. « L'administration des télégraphes n'est pas :

Un messager, car on ne peut ici déclarer l'expéditeur responsable des erreurs ou de l'infidélité du messager;

Ni un mandataire, car il est impossible d'envisager l'employé du télégraphe comme le représentant de l'expéditeur;

Ni un courtier, car l'office de l'employé n'est pas de s'entremettre entre deux personnes pour leur faire conclure un contrat. »

Suivant M. Hepp, il y a louage d'ouvrage et d'industrie rentrant dans la catégorie de celui des voituriers par terre et par eau (art. 1779). L'auteur s'appuie sur l'analogie qui existe entre l'administration des postes et celle des télégraphes.

Nous ne pouvons cependant partager cette opinion. Et d'abord, existe-t-il transport dans le cas d'une dépêche télégraphique, comme s'il s'agissait d'une lettre? Le transport ne suppose-t-il pas une chose matérielle? Sous ce rapport la différence est donc complète entre les deux administrations. L'auteur le reconnaît lui-même dans un passage où il dit que ces deux services publics « sont entièrement dissemblables quant à leurs moyens d'action. » (P. 57.)

L'administration des télégraphes ne conclut donc pas un contrat de transport, car elle ne *transporte* rien ; il intervient, selon nous, entre elle et l'expéditeur un contrat innomé. L'institution des télégraphes électriques, étant chose nouvelle, peut bien avoir créé un contrat nouveau. Quelle utilité voit-on à ratta-

cher un contrat jusqu'alors inconnu à ceux qui existaient précédemment?

Cela est tellement vrai que ce contrat est soumis à des règles tout à fait spéciales : ainsi l'administration est déclarée irresponsable.

La troisième partie est la plus étendue de l'ouvrage, et certainement aussi la plus remarquable. Elle traite des rapports formés entre les particuliers par la correspondance et se divise en trois chapitres.

Le premier chapitre expose les caractères généraux des lettres missives et télégrammes. Au point de vue des preuves, la lettre est beaucoup plus avantageuse que le télégramme, car celui-ci ne constitue ni un original puisqu'il ne contient pas la signature de l'expéditeur, ni une copie, l'employé du bureau destinataire n'ayant pas la minute sous les yeux. Mais ces règles ne vont-elles pas être modifiées par suite de l'introduction du système de l'abbé Caselli, qui permettra aux particuliers d'écrire eux-mêmes leurs dépêches télégraphiques?

Le chapitre II traite de la propriété des lettres missives et des télégrammes; l'auteur développe la règle suivant laquelle ils sont la propriété du destinataire, sauf dans le cas où il s'agit de dépêches confidentielles, et dans celui d'ouvrages destinés à être publiés. En ce qui concerne la matière délicate des lettres confidentielles, il nous semble, comme le pense aussi M. Hepp, que les tiers ne peuvent pas exiger communication de ces lettres, excepté dans l'hypothèse de poursuites criminelles. Le destinataire lui-même ne peut s'en servir en justice ; il n'est pas propriétaire, mais seulement dépositaire de la confidence, et, s'il la publiait, il pourrait être condamné à des dommages-intérêts. Même après la mort de l'auteur, ce dépôt ne devient pas une propriété; la lettre appartient alors à la famille du défunt, dont l'honneur et la réputation sont peut-être en jeu.

Le chapitre III est consacré aux contrats formés par correspondance. M. Hepp examine soigneusement la question de savoir à quel moment se forme le contrat par correspondance. Il admet avec raison que ce contrat est parfait par la seule acceptation. Qu'est-ce en effet qu'un contrat? l'échange de deux consentements. Or, cet échange existe au moment de l'acceptation.

L'auteur étudie ensuite une question plus nouvelle : quelle est l'influence des altérations des dépêches télégraphiques sur la conclusion des contrats ?

La réponse nous paraît toutefois trop absolue. M. Hepp enseigne que le contrat ne se forme pas, le destinataire n'acceptant pas l'offre véritable. Sans doute, quand Paul demande Marie en mariage par le télégraphe, et que celui-ci transmet le nom de Louise, laquelle accepte, il n'y a pas contrat. Mais supposez que par télégraphe je vous offre une maison moyennant la somme de 10,000 francs, le télégraphe transmet 15,000 francs, vous acceptez, le contrat est valable malgré l'altération de la dépêche. Il serait donc plus exact de dire que l'altération de la dépêche engendre une erreur, et qu'il y a lieu dès lors d'appliquer les règles du Code Napoléon sur ce vice du consentement et de distinguer notamment, selon que l'erreur porte sur la personne, ou sur la nature du contrat, ou sur la substance de la chose, ou sur ses qualités accessoires, etc.

Nous admettons, au contraire, sans réserve la solution que l'auteur donne d'une autre question bien plus grave : celle de savoir lequel de l'expéditeur ou du destinataire doit supporter le préjudice résultant de l'altération d'une dépêche. Il faut le faire retomber sur le destinataire et lui refuser toute action en indemnité contre l'expéditeur. En effet, celui-ci n'est pas en faute et ne saurait être déclaré responsable des fautes de l'administration. (En ce sens, jugement du tribunal de la Seine du 12 décembre 1862.)

Le destinataire, il est vrai, suivant les règles du droit commun, devrait jouir d'un recours contre l'administration des télégraphes; mais ce recours est impossible, la loi ayant déclaré cette administration irresponsable (loi du 29 novembre 1850, art. 6). A ce propos, M. Hepp critique la législation actuelle, qu'il accuse d'être juridiquement mauvaise. Et, en effet, on comprenait l'irresponsabilité de l'Etat en 1850, époque à laquelle les appareils télégraphiques étaient encore fort imparfaits ; mais aujourd'hui elle ne s'explique plus, depuis les progrès réalisés par la science, et il faut espérer que l'administration des télégraphes sera bientôt placée comme les autres sous l'empire du droit commun.

L'auteur termine son ouvrage en indiquant les modifications

que l'on pourrait introduire actuellement en cette matière, en proposant l'adoption du système Caselli (c'est en effet ce que vient de décider le gouvernement) ; en donnant des conseils aux particuliers qui emploient la voie télégraphique pour se prémunir contre toute altération des dépêches ; et enfin, en établissant quelle est la juridiction compétente pour la solution des difficultés qui naissent des contrats commerciaux conclus par correspondance.

Tel est l'ensemble de l'œuvre de M. Hepp. On a dû remarquer, par cette analyse, que l'auteur s'est en général placé sur un terrain non encore exploré jusqu'à ce jour. Les primeurs ont toujours un grand mérite, qui consiste dans leur nouveauté même. Sans doute dans quelques années on verra paraître des ouvrages plus complets sur cette matière ; mais nous pouvons affirmer que l'œuvre de M. Hepp servira de guide sûr et fidèle à ceux qui voudront le suivre dans la route qu'il vient de parcourir le premier.

Le style de M. Hepp est clair, net et précis. L'auteur a su éviter l'écueil dans lequel tombent beaucoup de jurisconsultes ; il a rendu son œuvre vraiment intéressante en la parsemant d'anecdotes historiques peu nombreuses, mais toujours bien choisies. La méthode suivie est généralement bonne. Les deux premières parties, comme on a dû le remarquer, sont consacrées au droit administratif et au droit criminel ; la troisième a été réservée au droit civil et commercial. C'est cette dernière que l'auteur a traitée avec le plus de soin ; les questions sont toutes examinées d'une manière complète. M. Hepp a peut-être même trop bien compris que cette partie de son travail était la plus juridique, et, par conséquent aussi, la plus intéressante, car les deux premières ont été visiblement écourtées ; l'auteur se borne à un résumé succinct ; il indique les questions plutôt qu'il ne les traite. Du reste, nous n'entendons lui adresser aucun reproche à cet égard, car il est évident qu'il a volontairement abrégé le commencement de son travail pour mettre en relief la partie consacrée au droit civil.

Sous ce rapport, l'œuvre de M. Hepp témoigne de recherches consciencieuses ; on voit qu'il a lu les monographies étrangères qui ont déjà paru ; il les critique avec une grande indépendance d'opinion et souvent aussi avec une justesse qui atteste un esprit

Les inscriptions de la première partie, antérieures à la deuxième guerre de Carthage, offrent plus d'intérêt à l'historien qu'au jurisconsulte. C'est d'abord, après quelques légendes de monnaies ou de médailles du cinquième siècle de la ville, le fameux *Carmen arvale ;* puis un certain nombre d'inscriptions, en général tumulaires, relatives à plusieurs familles patriciennes, aux *Claudes*, aux *Atelii*, aux *Cornelii*, et en particulier aux *Scipions*. Viennent ensuite les inscriptions diverses, de la ville, du Latium, de l'*ager Picenus*, du pays des Marses et de Venouse, et enfin la célèbre inscription de la *columna rostrata* du consul C. Duilius, bien que cette inscription, telle qu'elle est parvenue jusqu'à nous, soit l'œuvre d'un grammairien contemporain de l'empereur Claude.

La seconde partie comprend quatre sections. Dans la première, qui nous paraît de beaucoup la plus importante, nous trouvons les documents de droit public, *instrumenta publica populi romani*, classés selon l'ordre chronologique. Ce sont :

1° La lettre des consuls à la ville confédérée de Terina, contenant communication du sénatus-consulte de 568 touchant la répression des désordres produits par le culte secret et pernicieux de Bacchus, *Senatus consultum de Bacchanalibus*. Cette lettre, fort connue et déjà imprimée à plusieurs reprises, est gravée sur une table de bronze, qui a été découverte en l'an 1640, à Terra di Tiriolo, près Catanzaro, dans les Abruzzes. Elle est actuellement à Vienne.

2° L'inscription latine de la table Bantine, trouvée près d'Oppido, dans l'ancienne Lucanie, en 1790, conservée à Naples, au musée Bourbon. Selon Mommsen, cette inscription forme la dernière partie de l'expédition latine du traité d'alliance de Rome avec la ville de Bantia (Banzi) ; tandis que l'expédition en langue osque est gravée sur le revers. Ce traité doit remonter à l'époque des Gracques, puisqu'il y est question des *Tres viri agris dandis assignandis*, magistrats qui n'ont existé que de l'an 621 à l'an 636.

3° La loi *Acilia* sur les répétondes, de 631 ou 632, gravée sur la face antérieure de la même table de bronze qui porte sur la partie

historique allemande (*Zeitschrift für Rechtsgeschichte*), p. 160-188, un travail approfondi sur le *Corpus inscriptionum*.

[illegible]térieure la loi agraire de 643 ; cette table, ou plutôt les sept frag[illegible] qui seuls ont été retrouvés, appartenaient, au seizième siècle, au co[illegible] cardinal Bembo ; dispersés dès lors, quatre sont actuellement à [illegible]aples, deux à Vienne, le septième, qui se trouvait en 1564 à F[illegible]ntainebleau, est perdu.

4° La sentence ar[illegible]rale des commissaires Quintus et Marcus Minucius sur différe[illegible] points en litige entre la ville de Gênes d'une part et ses C[illegible]*tella* Langatium (Langasco) et Viturium (Nostra Signora del[illegible] Vittoria). Cette sentence, qui date de l'année 437 de la ville, est gravée sur une table d'airain découverte en 1506 dans la vallée de Polcevera et a été jusqu'à ce jour conservée à G[illegible]es avec un soin tout religieux. Elle a été commentée par M. [illegible]adorff [1].

5° La loi ag[illegible]re de 643, sur les domaines publics en Italie, en Afrique et à Corinthe, longtemps connue sous le nom de *lex Thoria*.

6° La [illegible]tre du préteur L. Cornelius à la commune de Tibur, relativ[illegible] à la participation de cette commune à une insurrection ou à une guerre. La date de cette lettre, gravée sur une table de bronze qui a disparu dès 1790, est incertaine. M. Ritschel opine pour l'an 598, M. Mommsen pour la seconde moitié du septième siècle : selon lui, l'auteur serait L. Cornelius Sisenna, préteur en 676, et c'est à la guerre sociale ou à la conjuration de Sertorius que les habitants de Tivoli auraient pris part.

7° La huitième table (seule retrouvée parmi les décombres du temple de Saturne) de la loi *Cornelia* de 673 sur l'élection des vingt questeurs, mentionnée par Tacite, dans les *Annales* (XI, 22) : *lege Sullae viginti creati supplendo senatui, cui judicia tradiderat*. Cette huitième table traite des employés subalternes, de l'*officium* des questeurs. M. Mommsen a déjà publié un travail approfondi sur la loi *Cornelia* dans le *Journal de Richter*, en 1843 [2].

8° Le sénatus-consulte grec-latin *de Asclepiade, Polystrato, Menisco in amicorum formulam referendis*, qui est conservé au

[1] *Q. et M. Minuciorum sententia inter Genuates et Viturios dicta.* Berol., 1842, et dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, I, 168 s. (1862).

[2] *Richter's Jahrbucher* XV, 475 : *Ad legem de scribis, viatoribus et præconibus.* Et, en 1846, dans la *Zeitschrift für Alterthumswissenschaft*, de Bergk et Cæsar. Voir aussi Gœttling, *Lex de scribis*, 1844.

musée Bourbon, sur une table de bronze. Asclépiade (de Clazomène), Polystrate (de Carystos), Ménisque (de Milet), étaient trois capitaines de vaisseau qui avaient rendu de bons services dans la guerre sociale. Le sénatus-consulte est de 676.

9° La loi sur la ville libre de Termese, en Pisidie, de 682 ou 683 (musée Bourbon).

10° La loi *Rubria* sur l'organisation des tribunaux de première instance pour la Gaule cisalpine, composée suivant l'ordre de l'édit, entre 705 et 712. Les chapitres 19 à 23 seuls ont été conservés.

11° La loi municipale de Jules César (709) pour Rome et les autres municipes de citoyens et *municipia fundana*. C'est la célèbre table d'Héraclée, découverte en 1732, dès 1760 au musée Bourbon, et plusieurs fois imprimée depuis Maittaire et Mazochi.

12° et 13° *Legum fragmenta minora*, fragments de deux lois pénales, postérieures aux Gracques, dans lesquelles on a cru jadis reconnaître la loi *Julia* sur les répétondes, et la loi judiciaire de Pompée.

Par ce simple aperçu d'une des sections de la seconde partie, on peut se faire une idée de la valeur de l'ouvrage entier. On peut dire hardiment que désormais le texte des sources juridiques qui s'y trouvent contenues doit être considéré comme à peu près fixé. Du moins ne pourra-t-on plus s'en écarter sans justifier de raisons majeures. Ainsi tous les anciens recueils, toutes les anciennes éditions d'inscriptions légales sont par là même mis jusqu'à un certain point hors de service.

Après les documents de droit public, viennent les monnaies et médailles de Rome, des villes italiennes, de Grèce, avec les noms des magistrats romains écrits en latin, puis les titres consulaires et autres, les balles de fronde, les tessères et les *fictilinæ consulares veleiates*. — Enfin, la quatrième section comprend une série d'inscriptions dont la date ne présente pas un degré de certitude absolu. Tandis que dans la première section les inscriptions étaient classées chronologiquement, c'est l'ordre des matières combiné avec l'ordre géographique qui domine dans les autres.

Notre volume est complété par trois grands suppléments contenant des monuments épigraphiques datant de l'empire, mais dont le sujet appartient à la Rome républicaine. Ce sont d'abord

les *Clarorum liberæ rei publicæ virorum elogia* tant privés que publics; puis les *Fasti anni Juliani*, puis les *Fasti consulares* jusqu'à l'an 766, édités par M. Henzen; enfin de nombreuses additions et corrections, des commentaires aussi concis que savants, et trois grands répertoires (*vocabulorum, grammaticus, rerum*) dus à la patience et à l'érudition de M. Emile Hübner, jeune savant attaché à l'université de Berlin.

Sous le rapport de l'élégance, on peut même dire du luxe extérieur, le volume de planches comme le volume de texte ne laisse rienà désirer. Papier, impression, types, couleurs, tout y est magnifique : la forme est digne du fond.

ALPHONSE RIVIER,
Docteur en droit, professeur à l'Université de Berne.

Le livre des droiz et des commendemens d'office de justice, publié d'après le manuscrit inédit de la bibliothèque de l'arsenal, par C.-J. BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, docteur et procureur impérial à Chartres, membre de la Société des antiquaires de Normandie; 2 vol. grand in-8°, papier Vergé. Paris, Durand. Prix : 16 francs.

Cet ouvrage, qui paraît être resté inconnu aux historiens du droit français, excepté à Laurière, vient combler une lacune dans la série des textes relatifs à l'histoire du droit français. C'est un recueil de nombreuses décisions empruntées soit aux textes du droit romain et du droit canonique, soit à la jurisprudence des cours de justice du pays qu'habitait son auteur. Le manuscrit publié par M. Beautemps-Beaupré a été copié en 1424 pour le compte de Cholet, secrétaire du duc d'Orléans. Quelques rapprochements de textes permettent de fixer la date de l'ouvrage aux dernières années du quatorzième siècle, et d'y voir une coutume de Poitou, en donnant à ce mot un sens plus général que celui qu'on lui donne ordinairement. Les 1036 paragraphes qui constituent cet ouvrage sont mis les uns au bout des autres, sans aucune espèce de méthode. Une longue introduction expose, sous une forme systématique, les principes qui nous ont été conservés par le compilateur anonyme. Une table des matières, très-développée, permet de faire toutes les recherches dont on peut avoir besoin. Nous reviendrons sur cette importante publication.

Du faux en matière criminelle, par un président d'assises. 1865, in-8°. Paris, Durand.

Le faux, quel sujet délicat, épineux, fécond en difficultés! Il se déguise sous tant de formes, il a tant de physionomies, il est si habile à prendre les apparences de la vérité. Et quand on l'a saisi, il faut lui appliquer les lois pénales avec rigueur, mais avec sagesse et avec discernement; il faut tenir compte de la jurisprudence qui, ici comme dans les autres matières, éclaire, développe et fortifie la théorie. Il y a sur le faux des ouvrages importants; voici un opuscule, dont l'auteur a voulu rester inconnu, je le signale tout particulièrement aux lecteurs de notre Revue, car ce petit livre, à mon sens, est clair et pratique. Les principes sont exposés avec une lucidité parfaite, les arrêts les plus importants viennent les corroborer. Je ne connais rien de plus précieux et de plus commode à la fois qu'une étude spéciale sur un sujet juridique donné. L'auteur approfondit, creuse, nous fournit tous les renseignements nécessaires, il pose la règle, en déduit l'application, invoque la jurisprudence, et le lecteur, jurisconsulte ou non, voit son travail singulièrement facilité.

J'ai lu avec le plus vif intérêt le *Faux en matière criminelle*, et je puis dire que ce petit ouvrage sera de la plus grande utilité.

LÉONCE DE RESBECQ,
Docteur en droit, substitut à Nérac.

Le premier Consul législateur, étude sur la part que prit Napoléon aux travaux préparatoires du Code, par AMÉDÉE MADELIN, substitut à Mirecourt. 1865, in-8°. Paris, Durand. Prix : 3 francs.

Le grand homme qui gagnait des batailles, étonnant l'Europe par son génie militaire, fut aussi un législateur, et c'est avec raison que notre Code est appelé le Code Napoléon. Il y a mis son empreinte, il a pris part à la discussion au sein du Conseil d'Etat, il a soutenu des avis qui sont devenus des lois.

Il existait en France des lois civiles, les unes empruntées au droit romain, telles que celles qui règlent les contrats entre les hommes, les autres empruntées aux mœurs nationales qui formaient le droit coutumier. Les premières ne pouvaient varier, elles étaient de tous les temps, de tous les pays, c'étaient des

lois d'éternelle équité. Les secondes, au contraire, devaient subir des modifications, elles étaient parfois injustes, dures, égoïstes, contraires aux sentiments les plus naturels, elles introduisaient au foyer domestique les inégalités, les haines, les rivalités. Elles accordaient par exemple à l'aîné de la famille les priviléges les plus exorbitants, richesse, influence, puissance pour un seul, dépendance, misère même ; pour les autres lois, comme sur beaucoup d'autres matières, il fallait transiger, laisser une certaine liberté au père de famille, et en même temps assurer à chacun des enfants une part dans le patrimoine commun. Il fallait saisir le juste milieu.

La Révolution française, brisant avec enthousiasme toutes les traditions du passé, se laissa aller à des entraînements irréfléchis ; elle dépassa le but, elle fit des lois qui ne devaient pas durer.

Plus tard, au sein du Conseil d'Etat, il y eut deux partis opposés : le parti des rétrogrades, des hommes attachés à l'ancien régime, à nos vieilles institutions, à nos vieilles lois, puis celui des novateurs, hardis, entreprenants, voulant tout réformer. Il fallut les concilier, mettre à profit les bonnes inspirations, adopter les principes sages, conservateurs, écarter les exagérations ; le premier Consul, avec son esprit supérieur, comprit le rôle qu'il avait à remplir. Le progrès n'est pas dans la répudiation systématique du passé.

Napoléon voulut respecter le passé dans ce qu'il avait de grand et de généreux ; il emprunta aussi aux idées nouvelles ce qu'elles avaient de juste et d'équitable. Il contribua ainsi à la confection de nos Codes, en déterminant le degré de l'innovation.

M. Amédée Madelin, substitut du procureur impérial à Mirecourt, a fait une étude remarquable sur la part que prit Napoléon aux travaux préparatoires du Code. Pour dire quelle est sa valeur, je n'ai qu'à rappeler d'ailleurs que le mémoire a été couronné par l'Académie de législation. M. Madelin prend chaque titre du Code, trace à grands traits quelques principes, émet son avis sur les grandes questions, puis nous montre le jeune capitaine discutant avec les jurisconsultes les plus consommés, les étonnant par sa pénétration, sa logique et l'incomparable netteté de ses idées, prenant le parti des incapables, de

tous ceux qui ont besoin de protection. Le premier Consul écoutait avec attention, puis, quand chacun avait dit son mot, il résumait, précisait, fixait. Quelquefois il interrompait les discussions et jetait une parole vive, nette, pleine de bon sens, qui coupait court aux difficultés. Les vieux jurisconsultes étonnés se laissaient guider par lui. Il avait toujours une expression piquante, énergique, presque familière qui donnait du relief à ses discours. Vient la discussion des obligations qu'entraîne le mariage : on se demande où s'arrêtera l'obligation imposée au père de famille de fournir à la subsistance de ses enfants, le projet voulait qu'elle cessât à l'âge où l'enfant peut se suffire à lui-même. « Ne serait-il pas révoltant, s'écrie le premier Consul, de laisser à un père riche la faculté de chasser de la maison ses enfants après les avoir élevés, et de les envoyer par eux-mêmes à leur subsistance, fussent-ils même estropiés? Un père riche ou aisé doit toujours à ses enfants la gamelle paternelle. »

Au titre du mariage, Napoléon exprime ses idées avec énergie ; il veut qu'au foyer domestique il y ait un chef, un maître. Ce chef c'est le mari ; quant à la femme, elle doit être soumise. « Vos propriétés, mesdames, disait-il à Sainte-Hélène, sont la beauté, les grâces, la séduction ; vos obligations, la dépendance et la soumission. » Du reste, il ne croyait pas beaucoup à la soumission parfaite et à l'humble dépendance de la femme. « Il faudrait une formule pour l'officier de l'état civil qui contiendrait la promesse d'obéissance et de fidélité par la femme. » Et plus loin : « On la prononçait en latin lors de la célébration du mariage, et la femme ne l'entendait pas. Ce mot-là est bon pour Paris surtout, où les femmes se croient en droit de faire tout ce qu'elles veulent. »

Je regrette de ne pouvoir citer d'autres paroles du premier Consul. Elles ont toutes un côté original et piquant. Qu'on lise le travail de M. Madelin, et on ne pourra s'empêcher de reconnaître que Napoléon a été non-seulement le plus grand capitaine des temps modernes, mais encore un administrateur et un législateur. Il a donné son nom à l'œuvre la plus grande, la plus belle, à un Code qui est digne de servir de modèle aux peuples civilisés.

LÉONCE DE FONTAINE DE RESBECQ,
Docteur en droit, substitut à Nérac.

Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Revue de droit historique, publiée par MM. Rudorff, Bruns, Roth et Böhlau ; t. II, III et IV. Weimar, 1862-1865.

Nous avons déjà annoncé la publication de cette revue, fondée en 1861, et nous avons fait connaître le contenu du premier volume. Voici l'indication des principaux articles contenus dans les trois volumes suivants :

Frédéric-Charles de Savigny : souvenirs de sa personne et de ses travaux, par M. Rudorff, professeur à Berlin.

Sur l'emplacement du comitium, et du tribunal du préteur, par M. Dernburg, professeur à Halle.

Sur le sens du mot *firmare* dans le droit des Bavarois, par M. Merkel.

Etudes sur Plaute, par M. Demelius, professeur à Gratz.

Essai sur la théorie des actions *in factum*, par M. Thon.

Sur la *revocatio in duplum*, par M. Meyer.

De l'emploi des Basiliques et de leurs anciennes scholies pour la critique du texte du Digeste, par M. Heimbach, professeur à Iéna.

Les chartes des empereurs d'Allemagne considérées comme sources du droit, par M. Beseler.

Le livre des jugements de la cour de Bamberg, avec les jugements de Schwarzenberg (l'auteur de la Caroline), par M. Seitz.

De la rédaction de l'édit par Julien, par M. Rudorff.

Matériaux pour servir à l'histoire de l'ancienne procédure criminelle allemande, tirés des registres criminels des villes (Malefizbücher), par M. Abegg, professeur à Breslau.

Notice d'un manuscrit du Miroir de Souabe, conservé à la Bibliothèque de Fribourg en Brisgau, par M. Laband, professeur à Heidelberg.

Jean Merkel, souvenir, par M. Anschütz, professeur à Halle.

De la parenté naturelle dans l'ancien droit allemand, par M. Rive, professeur à Breslau.

L'action d'injures, à fin d'excuses, rétractation et réparation d'honneur, considérée dans son origine, son développement et sa décadence, par M. de Wallenrodt.

Des *Sommes* anonymes connues sous les noms de « *Ut nos minores* » et « *Ad summariam notitiam cursus consueti causarum,* »

et du Traité de Bartole, *De ordine judicii*, par M. Reatz, *privat docent* à Giessen.

Les actions populaires en droit romain, par M. Bruns, professeur à Berlin.

Des *Leges locationis* dans Caton, *De re rustica*, par M. Bekker, professeur à Greifswald.

Mélanges critiques et paléographiques, Gaïus, par M. Bluhme.

De l'égalité de rang d'après le Miroir de Saxe, par M. Schræder, *privat docent* à Bonn.

Le début de la procédure, d'après l'édit, par M. Rudorff.

Du réméré en droit germanique, esquisse historique, par M. Platner, *privat docent* à Marbourg.

Copropriété et communauté, par M. Stobbe, professeur à Breslau.

Sur la théorie des *prædes*, par M. Goppert.

Notice des manuscrits qui ont servi de base à l'édition des Basiliques de Heimbach, par M. Heimbach, président de la Cour suprême de Iéna.

Nous nous proposons de faire bientôt connaître par une analyse étendue le savant travail de M. Rudorff sur l'Edit du préteur. Ce n'est pas moins qu'un essai de restitution de l'*edictum perpetuum*.

Traité des donations entre-vifs et des testaments, par M. DEMOLOMBE; t. V. Durand. Paris, 1865. Prix : 8 francs.

Nous nous bornons à annoncer la publication de ce volume, qui contient l'explication de cinquante articles du Code Napoléon (1025-1075). Il ne faudra plus qu'un volume pour terminer le titre des donations et testaments.

LETTRE A M. DE ROZIÈRE

SUR LE CONCUBINAT CHEZ LES ROMAINS.

(Suite.)

Il était loisible à tout citoyen de prendre une concubine. Mais les Romains étaient un peuple essentiellement monogame; il n'avait pas été admis chez eux qu'on pût avoir en même temps une concubine et une épouse. Cela résulte très-clairement d'une constitution (la loi unique *De concubinis*) insérée au code de Justinien, et attribuée à l'empereur Constantin. Certains auteurs se sont demandé si, dans les temps anciens, il était également défendu aux hommes qui avaient déjà une *uxor*, de prendre une concubine. Ils n'avaient, sans doute, pas pris garde à la constitution de Justinien, où l'on voit que « hominibus uxores habentibus, concubinas habere nec antiqua jura concedunt. » (Loi 3, *Comm. de manum.*, Cod.)

De même qu'il était interdit d'avoir en même temps une *uxor* et une concubine, de même (et c'est encore une nouvelle preuve de la similitude qui existe entre le concubinat et le *matrimonium*), il était interdit d'avoir simultanément deux concubines (Nov. 18, ch. v et nov. 89, ch. XII, § 5). Cujas déclare que le fait d'avoir une concubine et une épouse, ou bien deux concubines, constituerait une espèce de πάρεργον ἐρωτικὸν ἐπιδημιόν (Cuj., tit. XXVI, liv. V, Cod., *De concub.*).

S'il est défendu à un homme d'avoir plusieurs femmes, il était aussi interdit à une femme de s'unir à plusieurs hommes : les Romains ne pratiquaient pas plus la polyandrie que la polygamie.

Toute femme à Rome, aurait-elle pu devenir la concubine d'un citoyen? En principe et provisoirement, je répondrai oui, sauf à examiner plus tard certains points discutés.

Mais, avant tout, Monsieur, j'ai à voir quelles sont les conditions requises pour l'existence et la validité du concubinat. Elles devaient être les mêmes que pour le *matrimonium justum*, car le

concubinat ne diffère du *matrimonium justum* que *solo dilectu*. Je pense que les règles de la seconde de ces unions doivent s'appliquer à la première, toutes les fois qu'elles ne seront en contradiction, ni avec la nature de cette union, ni avec une disposition législative spéciale au concubinat.

Une de ces conditions est la puberté (fragm. 1, § 4. *De concub.* Dig.). Il faut que l'homme et la femme soient capables d'engendrer, puisque la procréation des enfants a été l'objet principal que le législateur avait en vue en consacrant le concubinat. Autrefois la puberté se déterminait *habitu corporis;* on en vint à trouver que cette vérification était peu convenable, surtout pour les femmes, et l'on décida qu'à douze ans elles seraient réputées pubères. Longtemps encore, quant aux hommes, on continua de ne les considérer comme pubères que lorsqu'un examen corporel avait prouvé leurs facultés génératrices, et ce ne fut guère que sous Justinien qu'on fixa l'âge de quatorze ans comme étant, pour eux, l'âge de la puberté. Je suis néanmoins disposé à croire que cette fixation d'âge n'était qu'une limite apportée à l'impuberté. Il n'était probablement pas défendu aux personnes qui avaient atteint leur complet développement avant l'époque fixée de contracter une union légale; seulement celles qui avaient atteint l'âge de douze ou de quatorze ans, sans qu'aucun signe de puberté se fût encore manifesté, n'en étaient pas moins considérées par la loi comme se trouvant dans les conditions voulues.

Le concubinat, comme le mariage, étant consensuel, exigeait, comme lui, le consentement des deux personnes qui allaient s'unir. Mais fallait-il aussi, comme pour le mariage, le consentement de l'ascendant sous la puissance duquel l'homme ou la femme pouvait se trouver? Évidemment oui! On ne peut cependant donner ici la même raison que quand il s'agit des *justæ nuptiæ*, puisque les petits-enfants issus du concubinat ne se trouveront jamais sous la puissance de leur aïeul. Mais ce qui ne permet pas de douter, c'est que l'aïeul qui a ses enfants sous sa puissance pouvait faire cesser leur concubinat à sa volonté, comme il pouvait faire cesser leur mariage. Cela est certain. On ne pourrait même pas appliquer au concubinat la restriction qu'Antonin le Pieux apporta au pouvoir du père (Paul, *Sentent.*, liv. V, tit VI, § 15) quand il s'agissait d'envoyer le

repudium malgré les époux, car il serait difficile de dire que le concubinat était une union bien concordante. Si donc le père pouvait dissoudre le concubinat, c'est qu'il pouvait l'empêcher de se former. De plus, il est inadmissible que le consentement du père soit requis pour contracter une union fort honorée, une union qui donne à la femme un titre enviable, tandis qu'il ne le serait pas lorsqu'il s'agirait de contracter une union d'un ordre inférieur, capable de diminuer plutôt que d'augmenter la considération des personnes qui la forment. Il devait importer beaucoup à une famille qu'une femme estimable, et qui lui appartenait, ne devînt pas concubine : ce titre n'avait rien de flatteur. Enfin l'importance que les Romains attachaient à la *patria potestas* suffirait à dissiper toute incertitude à ce sujet.

Quand il s'agissait, pour un fils soumis à la puissance paternelle, de contracter un *matrimonium justum*, il lui fallait le consentement de l'ascendant supérieur, c'est-à-dire du chef de la famille, et, de plus, celui de son père et de tous les ascendants intermédiaires sous la puissance desquels il pouvait plus tard se trouver. La raison en est que les enfants, provenus du mariage, pourront, au décès du chef de famille, se trouver sous la puissance ou de leur père ou de quelque autre ascendant, qui, au moment du mariage, n'avait pas la *patria potestas;* or, personne ne doit avoir, malgré soi, un enfant sous sa puissance, *ne invito heres suus adgnascatur*.

La fille n'avait besoin que du consentement du *paterfamilias*, parce que jamais les enfants qu'elle peut avoir ne se trouvent sous la puissance d'aucun de ses ascendants (fragm. 16, § 1, *De rit. nupt.*, Dig.).

Comme les enfants nés du concubinat ne sont jamais soumis à la *patria potestas*, il suffisait à la personne, fils ou fille de famille, qui voulait contracter cette union, d'obtenir le consentement de l'ascendant supérieur. Celui-ci était un assez bon juge des convenances, et du moment que la question de convenance est seule en jeu, on peut s'en rapporter à lui.

Le consentement des ascendants doit précéder le concubinat, et cette union, si en fait elle a eu lieu auparavant, n'existera légalement qu'à partir du consentement obtenu : les enfants nés précédemment seront *spurii* (fragm. 11, *De stat. hom.*, Dig.). Il est plus que probable que lorsque le chef de famille refusait de

consentir au concubinat, le magistrat ne devait pas pouvoir intervenir comme s'il se fût agi d'un *matrimonium justum :* le *paterfamilias* avait toujours raison de ne pas vouloir que sa fille devînt concubine de quelqu'un ; on ne pouvait le soupçonner de bizarrerie ou d'entêtement.

Si l'ascendant supérieur, l'aïeul par exemple, était fou, le consentement du père aurait-il suffi? Nous le pensons. Il est vrai qu'en revenant à la raison, l'ascendant pouvait quelquefois être très-offensé de trouver sa petite-fille en concubinat. Néanmoins, comme il y avait beaucoup de femmes pour qui ce genre d'union ne devait pas être une flétrissure, et comme il importait au législateur qu'il s'établît des relations prolifiques et régulières, il est permis de penser que si l'ascendant supérieur n'avait pas sa raison, le consentement de l'ascendant immédiatement inférieur aurait suffi. Si le père seul existait, et s'il était captif ou absent, je croirais volontiers que, conformément à ce qui avait été admis pour le mariage, le fils ou la fille pouvaient, après trois ans d'attente, se passer du consentement paternel (fragm. 9 et 10, *De rit. nupt.*, Dig.). Le concubinat n'est pas un *matrimonium justum*, mais il est une union légitime à laquelle, par conséquent, s'applique le fragment de Paul.

L'homme pubère et *sui juris* avait le droit de prendre une concubine sans s'inquiéter du consentement de qui que ce fût (fragm. 25, *De rit. nupt.*, Dig.).

A partir de Constantin, le concubinat cesse d'être une union que la loi protége ; il n'est pas encore illicite, mais il n'est plus légitime. Il n'avait pas continué d'être ce qu'il était autrefois, sans cela on eût pu se demander si la fille *sui juris* devait, tant qu'elle n'avait pas atteint sa vingt-cinquième année, consulter sa mère et ses proches, et déférer à leur sentiment, comme elle le doit, d'après une constitution d'Honorius et de Théodose (loi 20, *De nupt.*, Cod.), quand il s'agit pour elle de *justæ nuptiæ ;* et nous aurions répondu affirmativement. Les précautions prises sont dans l'intérêt de la fille : on voulait la préserver des conséquences fâcheuses d'un mariage fait à la légère. Quand il s'agissait de devenir la concubine de quelqu'un, de perdre peut-être en considération et en dignité, il lui aurait été plus utile encore de prendre l'avis des personnes qui lui sont le plus sincèrement attachées, et qui, partant, seraient ses conseillers les plus sûrs.

Il y avait au *matrimonium justum* des empêchements fondés sur des considérations d'intérêt privé, sur des considérations de morale et sur des considérations d'ordre public.

Les premiers étaient sans doute communs au *matrimonium* et au concubinat. Voyez, en effet : celui qui avait été tuteur d'une femme ne pouvait la prendre comme *uxor* avant qu'elle eût atteint vingt-six ans (fragm. 59 et 66, *De rit. nupt.*, Dig.). Pourquoi? Parce que l'on redoutait son influence : on craignait qu'il ne l'employât d'abord à se faire accepter comme époux, puis à empêcher sa femme de protester contre des comptes de tutelle déloyaux. Cette influence était bien plus à craindre encore lorsqu'il se serait agi d'un concubinat, puisqu'elle aurait été employée à faire accepter à la femme une condition inférieure. La jeune fille que son tuteur aurait assez dominée pour l'amener à être sa concubine, n'aurait jamais osé attaquer les comptes de tutelle.

Cette prohibition ne concernait pas que le tuteur; elle embrassait aussi le curateur et les descendants de l'un ou de l'autre. Elle était temporaire et commençait pour le tuteur à la puberté de sa pupille et, pour le curateur, au moment où il entrait en fonctions. D'après le droit des Pandectes, elle durait jusqu'au moment où la femme ne pouvait plus obtenir l'*in integrum restitutio*. Tous les tuteurs et curateurs étaient compris dans cette prohibition, le curateur au ventre comme les autres. Si un homme n'est pas tuteur, dans le sens juridique du mot, mais qu'il soit pourtant responsable de la tutelle, il lui est néanmoins interdit d'épouser ou de prendre pour concubine celle qui eût été sa pupille. C'est le cas, par exemple, de celui qui, en alléguant de fausses excuses, se serait exempté de la tutelle. Mais la règle ne s'applique qu'à la personne responsable des faits de tutelle comme principal obligé; elle ne s'appliquerait donc pas aux cautions du tuteur.

Les fragments 64, 66 et 67 du titre *De ritu nuptiarum* au Digeste nous apprennent que la prohibition avait été étendue à tous les héritiers du tuteur ou du curateur, au père de celui qui a eu la tutelle ou la curatelle, enfin à l'affranchi du curateur, et, quoique le texte garde le silence relativement à l'affranchi du tuteur, nous ajoutons, sans hésiter, cet affranchi à celui du curateur.

Il était admis que la prohibition ne s'appliquait pas lorsque

le père avait, de son vivant, ou par disposition testamentaire, destiné sa fille au tuteur, au curateur ou à un descendant de l'un ou de l'autre.

Les seconds empêchements au *matrimonium justum* s'appliquaient aussi au concubinat; Ulpien et Papinien nous ont renseignés à cet égard (fragm. 11, § 1, *Ad leg. Jul. de adult.*, et 56, *De rit. nupt.*, Dig.). On peut diviser ces empêchements en trois catégories : les uns fondés sur la parenté, les autres sur l'alliance, et d'autres, enfin, sur des considérations de pure morale.

En ligne directe, c'est-à-dire entre personnes descendant l'une de l'autre, toute union est prohibée, même à l'infini. En ligne collatérale, l'empêchement existe aussi à l'infini entre personnes dont l'une n'est pas à plus d'un degré de l'auteur commun, parce que cette personne est alors *loco parentis*. Cependant un sénatus-consulte, porté en l'an 802 de Rome, avait autorisé le mariage de l'oncle avec la fille de son frère. Claude, pour épouser Agrippine, fille de son frère Germanicus, avait eu besoin de faire disparaître une cause d'inceste qui avait existé jusqu'à lui, et la cause d'inceste disparut. Mais le sénatus-consulte qui fut rendu selon le vœu de l'empereur, doit-il être étendu au concubinat? Nous ne le pensons point. Les Romains, qui, même dans le cas de *justæ nuptiæ*, n'étendaient pas au grand-oncle paternel, et restreignaient à la fille du frère la décision du Sénat, attendu que le sénatus-consulte ne parlait que de ces deux personnes, les Romains, dont les procédés d'interprétation juridique sont toujours restrictifs, ne pouvaient étendre au concubinat une disposition peu morale, et contraire aux idées reçues. Quoi que l'on puisse penser à cet égard, il est bien certain qu'à partir de Constantin, la question que nous tranchons ne se serait plus élevée (loi 1, *De incest. nupt.*, Cod. Théod.), car ce prince avait abrogé le sénatus-consulte de l'an 802, et frappé le concubinat dans sa légalité.

Il est clair que si les personnes qui se proposaient de s'unir n'étaient toutes deux qu'à un degré de l'auteur commun, le mariage et le concubinat étaient plus impossibles encore que si l'une d'elles seulement avait occupé le premier degré.

Mais pourvu que les deux personnes fussent toutes deux à plus d'un degré de l'auteur commun, il n'y avait plus d'empêchement au *matrimonium justum*, ni, par suite, au concubinat.

Toutefois, les *justæ nuptiæ* entre cousins germains, incontestablement permises autrefois (fragm. 3, *De rit. nupt.*, Dig. et loi 2. *De instit. et subst.* Cod.), furent défendues par Théodose le Grand. A partir de cet empereur, jusqu'à Justinien, qui les autorisa de nouveau, elles eussent constitué un inceste. Pendant la même période, le concubinat entre cousins germains dut être impossible. L'inceste, en effet, ne dépend pas de la nature de l'union contractée, mais uniquement du degré de parenté des personnes qui s'unissent. Que cette parenté résultât d'une union légitime ou de rapprochements furtifs et passagers, peu importait : on en tenait toujours compte pour l'inceste, même quand elle n'était que servile (Inst. de Just., liv. I, tit. x, § 10, et *Fr.* 14, §§ 2 et 3, *De rit. nupt.*, Dig.).

Celle que crée l'adoption n'était qu'en ligne directe un empêchement définitif au mariage et au concubinat. En ligne collatérale, cet empêchement ne survivait pas à la rupture du lien civil. Aussi le frère eût-il pu, après son émancipation, prendre comme épouse, ou comme concubine, celle qui avait été sa sœur adoptive.

L'affinité ou alliance était aussi un empêchement au concubinat comme au mariage : les mêmes raisons de morale demandaient qu'on appliquât à l'un et à l'autre les mêmes prohibitions. Pas le moindre dissentiment à cet égard parmi les jurisconsultes ; tous sont d'accord pour défendre à un homme de s'unir soit à la mère de sa femme, soit à la fille que celle-ci aurait eue d'un précédent mariage.

Dans l'ancien droit, l'union du beau-frère et de la belle-sœur n'était pas interdite ; elle ne le fut que par Constantin et Constance (loi 2, *De incest. nupt.*, Cod. Théod.). Arcadius, Théodose et Valentinien renouvelèrent cette interdiction, probablement parce qu'elle n'avait pas été observée (loi 5, *De incest et inut.*, Cod.). Quoique, sous les empereurs chrétiens, le concubinat ne fût plus ce qu'il était autrefois, je n'hésite pas à lui appliquer toutes les dispositions restrictives dont je viens de parler. Plus cette institution perdait faveur, plus on devait en limiter et en gêner l'application.

On s'était demandé si le concubinat était une cause d'affinité. Ulpien soutenait l'affirmative (fragm. 4, § 3, *De concub.*, Dig.), et son avis prévalut, puisque l'empereur Alexandre Sévère, par

une constitution, défendit aux enfants de prendre pour compagnes les concubines de leurs ascendants (loi 4, *De nupt.*, Cod.).

Enfin, des considérations de simple décence avaient fait prohiber le mariage ou le concubinat entre des personnes qui ne sont ni parentes ni alliées. Ainsi l'homme qui avait été en état de concubinat ou de mariage avec une femme ne pouvait, après l'avoir quittée, s'unir à la fille que cette femme aurait eue d'une seconde union. Mais, en revanche, si un homme et une femme, ayant l'un un fils et l'autre une fille d'un premier lit, venaient à se marier, l'union du fils de l'un avec la fille de l'autre n'était pas interdite, quand même il était né du second mariage de leurs parents respectifs un enfant qui se trouvait être le frère de chacun d'eux.

La troisième catégorie d'empêchements au mariage ne concernait point le concubinat. Un intérêt tout politique avait fait interdire aux fonctionnaires d'épouser une femme domiciliée ou née dans la province où ils exerçaient leurs fonctions. On craignait que, par leur mariage, ils ne se procurassent une influence dont la métropole pourrait un jour avoir à souffrir, et aussi qu'ils n'abusassent de leur autorité pour contraindre de riches familles à s'allier à eux. Rien de pareil n'était à craindre s'il ne s'agissait que d'un concubinat. La concubine n'avait point de dot ; elle appartenait d'ordinaire à des gens de médiocre condition, sans influence dans le pays ; et si par hasard elle eût appartenu à une famille considérable, ses parents, peu flattés de l'attention du fonctionnaire, n'auraient pas été pour lui de très-chauds partisans. C'est pourquoi un fragment du titre *De concubinis*, au Digeste, le fragment 5, accorde formellement aux fonctionnaires d'une province le droit d'y prendre une concubine.

Il était d'ordre public qu'un sénateur n'épousât point une affranchie, qu'un ingénu ne conférât pas le titre d'*uxor* à une prostituée. Ces empêchements, fondés sur l'inégalité de condition, ne s'étendaient pas au concubinat, qui avait précisément été régularisé par Auguste pour que les citoyens, entraînés par leurs affections vers des femmes que la loi ne leur permettait pas d'épouser, ne fussent plus dans la nécessité, ou de sacrifier leur devoir à leurs sentiments, ou leurs sentiments à leur devoir.

En règle générale, on peut dire qu'il était permis de prendre

comme concubines toutes les femmes que la loi Julia et Papia défendait d'épouser. C'est ainsi qu'un sénateur pouvait avoir pour concubine une affranchie, une femme dont les parents s'étaient montrés sur la scène, une prostituée. Un ingénu pouvait s'unir en concubinat à une *lena*, à l'affranchie d'un *leno* ou d'une *lena*, à une femme qui avait été surprise en adultère (fragm. 1, § 2, *De concub.*, Dig.) ou condamnée par un jugement public, à une comédienne ou à toute autre fille dont on n'eût pu faire une *uxor* à cause de l'humilité ou de la honte de sa condition.

Il ne faudrait pas croire cependant qu'il fût impossible de prendre pour concubine une femme d'une position égale ou même supérieure à la sienne. Il suffisait d'une déclaration formelle à cet égard pour que le fait eût lieu; seulement ce n'était point là la présomption. Marcien nous dit, en effet, qu'on peut bien avoir en concubinat une ingénue, voire une femme illustre; mais il fallait qu'elle se fût prostituée ou, si elle était honnête, qu'elle eût formellement attesté son intention de se soumettre à une union aussi peu honorée (fragm. 3, pr., *De concub.*, Dig.). A défaut de ces circonstances, on supposait qu'il y avait mariage (fragm. 24, *De rit nupt.*, Dig.), et, au besoin, les Romains aimaient mieux croire à un *stuprum* qu'à un concubinat entre une femme de race et un homme de condition inférieure. Cela n'est peut-être pas très-moral, mais cela n'est pourtant pas si éloigné qu'on voudrait le croire de nos idées modernes. La patricienne qui satisfaisait une fantaisie, qui cédait à un caprice, qui s'abandonnait accidentellement au beau plébéien qu'elle avait rencontré, ne se subordonnait pas comme celle qui se serait faite sa concubine. La grande dame qui, de nos jours, satisfait en cachette son goût pour un homme de basse extraction est, il faut le dire, moins méprisée (à tort, nous le déclarons), que celle qui se fait la compagne de sa vie, ou, pour parler le langage dont le monde, en semblable cas, ne manque pas de se servir : celle qui s'acoquine à un pareil drôle.

Un sénateur ne pouvait épouser une affranchie et pouvait la prendre pour concubine : en l'ayant comme telle, il ne s'avilissait pas. La fille d'un sénateur, qui ne pouvait épouser un *libertinus*, eût-elle pu s'unir à lui en concubinat? Oui, certainement, si elle avait appartenu au cirque ou à l'embolum : alors,

ainsi que le dit Paul, *Nec honos ei servatur, quæ se in tantum fœdus deduxit* (fragm. 47, *De rit. nupt.*, Dig.); mais si elle était restée honnête, une *testatio* eût-elle suffi pour elle comme elle eût suffi pour toute autre ingénue? Je le crois fermement. Marcien, dans le texte auquel je me suis reporté tout à l'heure, ne fait aucune distinction : il se contente de dire qu'une *testatio* était nécessaire pour qu'une ingénue *honestæ vitæ* pût être prise en concubinat. Il serait trop fort d'exiger qu'une femme de la caste sénatoriale commençât par se prostituer avant de pouvoir devenir la concubine de l'affranchi avec lequel elle est décidée à déroger. D'ailleurs, par la *testatio* qu'elle doit faire, elle s'avilit suffisamment et s'exclut avec assez d'éclat de la classe exceptée.

Ulpien dit quelque part qu'on ne pouvait, *sine metu criminis*, prendre pour concubines que les femmes *in quas stuprum non committitur* (fragm. 1, § 1, *De concub.*, Dig.). Rapproché de textes que nous verrons plus loin, le fragment de ce jurisconsulte serait en complet désaccord avec celui de Marcien, et signifierait qu'on ne peut avoir pour concubines que des femmes de mauvaise vie, puisque ce sont les seules qui échappent au *stuprum*. Mais il ne peut pas être entendu de la sorte. Ulpien lui-même s'est prémuni contre une pareille interprétation de sa pensée, car il approuve, il admire le concubinat du patron et de son affranchie. Or, on ne voit pas qu'un patron ne commette pas un *stuprum* quand il a, avec son affranchie honnête, des relations en dehors du *matrimonium justum* ou du concubinat. Dans le texte d'Ulpien, le mot *stuprum* a donc cette acception générale et un peu vague que lui donnent souvent les Romains, de tout rapprochement charnel défendu. Le concubinat, pas plus que les *justæ nuptiæ*, ne peut exister dans des conditions où il y aurait inceste, adultère, immoralité. Voilà ce que le jurisconsulte a voulu faire entendre.

On pouvait prendre comme concubine une femme qui avait été condamnée pour adultère, on n'eût pu la prendre comme épouse. Cette décision ne peut surprendre. Le titre honorable d'*uxor* ne doit pas appartenir à une femme notée d'infamie; celui bien humble de concubine peut lui être accordé. Le concubinat n'est pas ouvert qu'à quelques-unes, il est béant pour toutes.

Le concubinat du patron et de son affranchie était vu de très-bon œil; il était convenable, disait-on, qu'il fît d'elle sa con-

cubine plutôt que son *uxor*. Elle n'était cependant pas obligée de vivre en concubinat avec lui ; il n'eût pu la contraindre à être son épouse (fragm. 28, *De rit. nupt.*, Dig.), il ne pouvait pas davantage la contraindre à être sa concubine. Si, lorsqu'il s'agissait, pour l'affranchie, d'acquérir une position honorable et enviée, on lui laissait toute liberté de détermination, on ne devait raisonnablement pas lui enlever cette liberté et la soumettre malgré elle à une position de beaucoup inférieure à la première. Le concubinat est consensuel, et, par conséquent, point de concubinat sans consentement.

Il y avait une particularité relative au concubinat de l'affranchie et de son patron. Devenue l'épouse du patron, l'affranchie ne pouvait le quitter malgré lui (fragm. 11, pr., *De divort.*, et fragm. 45, pr. *De rit nupt.*, au Dig.). Non qu'elle ne pût rompre une union qui lui pesait, mais si elle envoyait le *repudium* à son patron sans que celui-ci y consentît, elle perdait le *connubium* et n'avait pas la faculté de prendre un autre mari; on était allé plus loin : on lui avait enlevé même le droit d'être la concubine d'un autre homme. A ce propos, Julien est très-explicite. Dans le cas, dit-il, où une femme, affranchie commune de deux patrons, aurait été l'*uxor* de l'un d'eux, elle ne pourrait, après l'avoir quitté malgré lui, devenir la concubine de l'autre. C'est, du moins, ainsi que nous croyons devoir entendre ce passage d'Ulpien : « Julianus quidem amplius putat, nec in concubinatu eam alterius patroni esse posse. »

Un texte de Gaïus confirme cette interprétation. On y voit que la plupart des jurisconsultes décidaient, contre Javolenus, que l'affranchie qui quitterait celui de ses patrons qu'elle aurait épousé, ne pourrait pas ensuite devenir la femme de l'autre, *quia libertam ejus esse negari non potest, licet alterius quoque sit liberta* (fragm. 46, *De rit nupt.*, Dig.).

Quand l'affranchie n'avait été que la concubine de son patron et qu'elle le quittait malgré lui, Ulpien pensait, et son avis, consigné au Digeste (fragm. 1, pr. *De concub.*), avait certainement prévalu, quelle devait perdre également le *connubium*, « *quippe cum honestius sit patrono libertam concubinam, quam matremfamilias habere.* » Pour n'avoir été que la concubine de son patron, l'affranchie ne lui doit pas moins déférence et respect, et il ne pouvait lui être permis de froisser dans ses affections

l'homme auquel elle devait tout. Mais quand elle n'avait été que sa fiancée, comme il ne s'était pas établi entre eux cette intimité dont la rupture est souvent si douloureuse pour celui qui n'en a point l'initiative, elle pouvait refuser de devenir sa femme, tout en conservant le droit de devenir la femme d'un autre (fragm. 45, § 4, *De rit nupt.*, Dig.). A plus forte raison en était-il de même quand l'affranchie n'avait eu que des relations passagères avec son patron. Elle pouvait le quitter sans inconvénient pour elle.

Si l'affranchie n'avait jamais rien été pour son patron, elle pouvait évidemment devenir l'épouse ou même la concubine de l'homme qui lui plaisait. Le *connubium* n'était donc enlevé à l'affranchie que lorsqu'ayant été l'épouse ou la concubine de son patron, elle l'avait quitté malgré lui. Mais dès qu'on peut s'apercevoir que le patron cesse d'avoir le désir de la conserver comme sa compagne, on peut, dit Ulpien, affirmer que l'affranchie a le *connubium* avec un autre (fragm. 11, § 2, *De divort.*, Dig.).

Les lois défendaient à la femme qui avait perdu son époux de contracter une nouvelle union avant l'expiration du délai fixé pour le deuil. Que la nouvelle union soit un concubinat ou un *matrimonium justum*, la règle est une : Il faut toujours éviter la confusion de part, et même, quand cette confusion n'est pas à craindre, il convient encore que la femme ne donne pas le scandale d'un mariage ou d'un concubinat précipité.

La femme était tenue de *lugere maritum*; la fiancée n'avait pas à porter le deuil de son fiancé; la concubine était-elle tenue de porter celui de l'homme avec lequel elle avait vécu? Une confusion de part est toujours à éviter. Je suis donc convaincu que la concubine ne pouvait contracter une nouvelle union tant que cette confusion serait à craindre, absolument comme dans le cas de divorce. Mais la question de regrets révérentiels me semble écartée. La concubine n'est point, de par la loi, tenue de regretter, en apparence, sinon en réalité, l'homme qui n'a pas jugé à propos de l'élever jusqu'à lui. En conséquence, son veuvage ne devra durer au plus que les six mois fixés par la physiologie assez exacte de la première loi caducaire pour éviter toute confusion de part.

Dans le concubinat, les idées de déférence si nettement ac-

centuées entre époux sont presque insensibles: on peut dire qu'elles n'existent pas. Aussi la concubine qui avait, par exemple, détourné quelque objet appartenant à son conjoint, était-elle brutalement soumise à l'*actio furti*. L'*actio rerum amotarum*, établie en faveur de l'*uxor*, à cause de la considération due au mariage, n'avait pas été inventée pour elle. Il n'y avait à sauvegarder ni la dignité de la femme, ni la dignité de l'union; et l'*actio furti* était donnée contre la concubine voleuse. De son côté, celle-ci n'avait pas non plus à garder de ménagements avec son conjoint : si celui-ci la volait, elle avait contre lui l'action de vol.

Ces considérations me serviront à résoudre une question très-controversée : La concubine peut-elle être déclarée coupable d'adultère?

Des interprètes du droit romain, le plus célèbre, Cujas, affirme que la concubine, comme l'*uxor*, se trouve sous le coup de la loi Julia *de adulteriis*; il se fonde sur ce que *concubina uxorem imitatur*, et il rapporte que, chez les Athéniens, la concubine pouvait être punie comme adultère (Cuj., tit. LVI, liv. VI, Cod., tit. XXVI, liv. V, Cod., et tit. IX, liv. IX, loi 23, Cod.). Tulden, qui adopte cette opinion, dit que le concubinat, image du *matrimonium justum*, doit être, à peu de chose près, régi par les mêmes principes (Tuld., tit. XXVI, liv. V, Cod.). L'avis contraire est soutenu par Connan (liv. VIII, ch. XIII.). Ce jurisconsulte assure que, selon Marcellus, le concubinat se trouvait en dehors des peines infligées par la loi. Il croit pouvoir s'appuyer de l'avis de Marcien et de Marcellus : « Nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur : nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis pœnam est.» (fragm. 3, § 1, *De concub.*, Dig.) Mais ce texte n'a pas le sens qu'il plaît à Connan de lui attribuer ; il signifie certainement que le concubinat ne constitue pas une union défendue, un *stuprum*, « aliquando enim adulterium ponitur pro stupro. » (Calvin, *Lexicon juridicum*, au mot *Adulterium*.)

Une troisième opinion, qui tient le milieu entre les deux autres, est soutenue par Voët (liv. XLVIII, tit.v) et Voorda (*Thes. controv.*, Decas, 16, n° 10). Dans cette opinion, les seules *matres-familias* pouvaient être accusées d'adultère, et les concubines n'ayant ni le nom, ni la considération, ni l'estime de *mater-*

familias, échappaient à la loi Julia *de adulteriis*. Ils font cependant une exception pour l'affranchie concubine de son patron, parce que, disent Voorda et Voët, celle-ci conserve la qualité de *matrona* (fragm. 41, *De rit. nupt.* Dig., Arg. *a contrario*).

Les deux premières opinions me paraissent inadmissibles. Celle qui assimile la concubine à l'*uxor*, quant aux peines prononcées contre l'adultère, méconnaît le principe d'après lequel on ne doit pas étendre une disposition pénale d'un cas à un autre sans un texte formel; or, aucun texte ne dit que toute concubine sera passible de la loi Julia, et celle qui met toutes les concubines en dehors des peines portées par cette loi a le tort d'être en contradiction avec un texte d'Ulpien (le fragment 13, pr. *ad. leg. Jul. de adult.*, au Dig.). La troisième opinion, qui distingue entre les concubines, et qui punit l'adultère des unes en laissant impuni celui des autres, est la meilleure; aucun texte ne la contredit. Cependant, pour être complétement vraie, elle a besoin d'être un peu modifiée.

Sont passibles, selon moi, des peines de l'adultère, toutes les concubines qui ont gardé leur qualité de matrone; seulement elles ne pourraient être accusées *jure mariti*, la loi Julia n'ayant établi un droit d'accusation spéciale que pour le mari de l'*uxor*. Les concubines qui avaient perdu la considération et le titre de matrone pouvaient commettre un adultère sans encourir les peines de la loi Julia. Pour tout frein, on leur laissait la crainte de se voir abandonner par l'homme qui, souvent, les avait tirées de la boue. Quant à celui-ci, il n'avait, pensait-on, probablement pas dû compter sur leur fidélité. Mais il en était autrement des femmes qui, en se donnant en concubinat, avaient conservé le titre de matrone; celles-là étaient punies, si elles commettaient un adultère; on n'en peut douter, un texte formel déclare qu'elles pourront être accusées *non jure mariti sed jure extranei*. Leur conjoint, comme tout autre, pourra donc porter contre elles l'accusation d'adultère. On comprend très-bien que les Romains aient puni l'adultère d'une femme de la moralité de laquelle la conduite antérieure semblait répondre. Il fallait bien, d'ailleurs, retenir dans le devoir des femmes auxquelles on conservait le titre de matrone et la considération de la *materfamilias*.

Mais quelles étaient ces femmes, *quæ se in concubinatu dando*

matronæ nomen non amittebant, ces femmes qui n'étaient pas des *uxores*, et que, cependant, par abus de langage, on a quelquefois appelées *uxores injustæ?* Voorda veut que ce soient les affranchies concubines de leur patron. Je crois que Voorda dit tout à la fois trop et pas assez. Trop, car toutes les affranchies qui seront concubines de leurs patrons n'auront pas nécessairement la dignité de matrone. (Il peut très-bien se faire qu'un homme ait pour concubine son affranchie, et que cette affranchie se soit prostituée, soit pendant son esclavage, soit depuis son affranchissement. Un *leno*, qui s'unirait en concubinat avec son affranchie, n'aurait certainement pas une matrone pour compagne.) Pas assez, car il n'y avait sans doute pas que les affranchies concubines de leurs patrons qui gardassent cette qualité de matrone. (Les ingénues de naissance obscure, qui ne s'étaient point livrées à la prostitution, qui jamais n'avaient rien fait de honteux, ne devaient pas déchoir, ne devaient pas perdre la qualité de *materfamilias* quand elles devenaient concubines d'hommes placés dans une position sociale supérieure à la leur.)

Ce qui prouverait mon assertion, c'est qu'Ulpien ne mentionne qu'à titre d'exemple l'affranchie concubine de son patron : « Utputa quæ patroni concubina fuit. » En un mot, toute concubine à laquelle pourrait s'appliquer la dénomination d'*honesta* pouvait être poursuivie comme adultère, *jure tamen extranei*.

De ce que ce n'est pas *jure mariti*, mais seulement *jure extranei*, que la concubine peut être accusée d'adultère par l'homme avec lequel elle vit, il me semble résulter que cet homme n'aurait pas le bénéfice des circonstances atténuantes accordées au mari, *qui deprehensam uxorem cum adultero occidit*. Ce n'est pas de lui que Paul a dit : « lenius puniri placuit. » (*Sent.*, liv. II, tit. XXVI, § 5) N'ayant pas élevé jusqu'à lui sa compagne, il ne devait pas être aussi profondément blessé qu'eût pu l'être un mari; son emportement n'avait pas, comme celui de ce dernier, son explication et son excuse dans une légitime douleur. Mais, d'un autre côté, il a sur le mari un avantage considérable : celui de ne pouvoir être accusé de *lenocinium*, si, ayant surpris sa concubine en adultère, il ne la quitte pas immédiatement et ne se porte pas son accusateur. Paul, dans ses *Sentences* (liv. II, tit. XXVI, § 8), ne parle, en effet, que de celui *qui*

in adulterio deprehensam uxorem non statim dimiserit, et non de celui qui n'aurait pas immédiatement renvoyé sa concubine *in adulterio deprehensa*. Toutefois il est incontestable que l'homme assez ignoble pour trafiquer de sa concubine, pour la prostituer, serait un *leno*.

L'*affectus* présumé, probable, presque certain du mari pour son *uxor*, et de l'*uxor* pour son époux, rend compte d'un grand nombre de dispositions spéciales aux personnes unies en *matrimonium justum*, et inapplicables à celles qui sont en concubinat.

Ainsi il n'est pas permis aux époux de se faire, soit directement, soit indirectement, des donations irrévocables; entre personnes, au contraire, vivant *in concubinatu*, toutes les libéralités sont possibles (Dig., fragm. 31, pr., *De donat.*, et fragm. 3, § 1, *De donat. inter virum et uxorem*). Pourquoi? Parce que, répondent les jurisconsultes romains, l'attachement réciproque des époux est très-grand; il a fallu refréner ses manifestations; il a fallu empêcher que le plus aimant ne se ruinât complétement au profit de l'autre. Pas n'était besoin de pareilles précautions et mesures, lorsqu'il s'agissait de personnes dont l'*affectus* n'était certainement pas l'*affectus maritalis*. On peut donc en toute liberté donner à sa concubine, et la donation qu'on lui a faite est définitive, et ne peut être révoquée, même quand le donateur prend ensuite, comme *uxor*, la donataire. C'est ce que nous apprend Papinien, dans le fragment 31, princ., *De donationibus*, au Digeste.

Accurse et Hotman ont affirmé, un peu témérairement à notre avis, que les soldats ne pouvaient donner à leurs concubines. Ils ont confondu la concubine qu'un soldat pouvait avoir, avec la *focaria*, cette espèce de servante courtisane, de *bonne à tout faire*, que le militaire s'accolait. C'est seulement à cette dernière qu'Antonin avait interdit de rien recevoir de son amant.

Les excès de l'*affectus* entre gens qui vivent en concubinat n'étant pas à redouter, il ne peut y avoir lieu de priver la concubine des libéralités entre-vifs ou testamentaires qu'aurait pu lui faire son conjoint, si ce n'est dans les cas d'indignité. A la vérité, un homme ne peut rien donner à la femme avec laquelle il a commis un *stuprum*, mais on ne commet pas de *stuprum* avec sa concubine.

Il y a au Digeste, à propos de l'incapacité de recevoir résultant du *stuprum* pour la femme, une réponse de Papinien extrêmement curieuse, et d'une grande difficulté d'interprétation. Je me contenterai de rapporter les explications dissidentes de Cujas et de Fabre, puis j'exposerai mes idées personnelles sur le texte embarrassant de l'illustre et malheureux préfet du prétoire.

Voici ce texte : « Quoniam stuprum in ea contrahi non placuit, quæ se non patroni concubinam esse patitur, ejus, qui concubinam habuit, quod testamento relictum est, actio non denegabitur : idque in testamento Cocceii Cassiani clarissimi viri, qui Rufinam ingenuam honore pleno dilexerat, optimi maximique principes nostri judicaverunt : cujus filiam quam alumnam testamento Cassianus nepti coheredem datam appellaverat, vulgo quæsitum apparuit. » (Fragm. 16, § 1, *De his quæ ut inde*, Dig.)

Cujas, usant du procédé hardi qui lui est familier, corrige le texte, afin, dit-il, de le rendre explicable, et l'adapte à l'hypothèse et aux conceptions suivantes : « Cassianus, homme très-illustre, sénateur, a aimé avec la plus grande considération l'ingénue Rufina, ce qui revient à dire qu'il l'a eue pour épouse, et non pour concubine, comme le prétend Accurse. Le même Cassianus, après la mort de Rufina, a pris pour concubine la fille que Rufina avait eue d'une précédente union, et qui est sa belle-fille à lui. Il a pu le faire légalement, quoiqu'elle fût née d'une ingénue, et cela parce qu'elle s'était prostituée. Il faut entendre ainsi la fin du paragraphe. Ce que Cassianus lui a laissé par testament ne lui sera pas enlevé, car il n'a pas commis de *stuprum* avec elle. »

Fabre explique tout autrement le texte de Papinien ; il fait remarquer que le jurisconsulte romain a commencé par poser en principe que, même sans être le patron d'une femme, on peut l'avoir valablement pour concubine, et qu'on ne commet pas alors un *stuprum* avec elle, si toutefois elle se trouve dans les conditions voulues pour pouvoir être en concubinat. Puis il passe à l'espèce proposée par Papinien, et dit :

« Au rapport de Papinien, Cassianus a aimé *pleno honore* l'ingénue Rufina, il l'a donnée pour cohéritière à sa petite-fille, et il a été reconnu que la fille de cette Rufina était une *vulgo quæ-*

sita. Voilà ce qui est écrit et ce qu'il faut lire. Jusqu'à présent, personne n'a bien interprété ce texte, et on se trompe quand on imagine que ces mots : *pleno honore dilexerat*, signifient que Cassianus avait épousé Rufina. Si ce n'est pas cette dernière, mais sa fille qui eût été instituée, comme le prétend Cujas, on ne voit pas pourquoi Papinien eût parlé de Rufina, puisque ce ne serait pas d'elle qu'il se serait agi, mais de sa fille. De plus, si Rufina a été l'épouse de Cassianus, sa fille n'a pu, sans commettre un *stuprum*, être la concubine du même homme, pas plus qu'elle n'eût pu être son épouse. Accurse a raison de soutenir que, par ces mots : *pleno honore dilexerat*, Papinien a voulu dire que Rufina avait été tout simplement la concubine de Cassianus, car on peut aimer une concubine *pleno honore*, l'important est d'aimer une *uxor pleniori honore*. Au reste, grand nombre d'auteurs disent avoir trouvé, dans plusieurs éditions des Pandectes, *pleno amore*, et non *pleno honore* : ce qui se dit de la concubine comme de l'*uxor*. Il faut donc nécessairement admettre que Rufina a été la concubine de Cassianus, et que c'est elle que Cassianus a instituée héritière, car il ne faut pas perdre de vue que c'est sa concubine qu'il a instituée. Vainement on objecterait que, d'après Papinien, le legs a été fait à la fille de Rufina. Il est évident que le texte a subi des altérations. Mais rien n'est plus facile que de lui rendre sa première forme, il suffit de changer de place ces mots : *cujus filiam*, et de les mettre après ceux-ci : *nepti coheredem datam appellaverat ;* on lirait : *cujus filiam vulgo quæsitam apparuit*. Cette leçon admise, il devient clair que Rufina a été la concubine de Cassianus, et que ce dernier l'a, par son testament, donnée comme cohéritière à sa petite-fille, en l'appelant son *alumna*. Comme Rufina était ingénue, Papinien a dû ajouter ces mots : *cujus filiam vulgo quæsitam esse apparuit*, de manière à indiquer que Rufina s'était prostituée, et que conséquemment Cassianus avait pu en faire sa concubine, quoiqu'elle fût ingénue, sans qu'on puisse leur reprocher un *stuprum*. Cassianus, qui savait que Rufina était ingénue, mais qui ignorait sa prostitution, l'avait appelée, dans son testament, son *alumna*, pour qu'on ne lui enlevât pas comme à une indigne ce qu'il lui laissait. Mais l'empereur, ayant reconnu que cette femme s'était prostituée, décida, sans tenir compte de la qualification d'*alum-*

na, que Rufina avait pu être la concubine de Cassianus, et que, par conséquent, on ne pouvait la priver de rien comme indigne. Ainsi entendu, l'exemple donné par Papinien s'accorde très-bien avec la règle qu'il pose au commencement du paragraphe. » (Ant. Fabre, *Conjectura juris civilis*, liv. III, ch. XIV.)

Fabre reproche aussi à Cujas d'avoir bien inutilement substitué les mots *quæstum fecisse* au mot *quæsitum* qu'il suffisait de lire *quæsitam*, car une ingénue *vulgo quæsita* peut être concubine comme celle qui s'est prostituée.

Bien que l'interprétation de Fabre soit de beaucoup préférable à celle de Cujas, elle exige, comme celle de celui-ci, un remaniement du texte. Je ne trouve pas mauvais que Fabre ait lu *quæsitam*, au lieu de *quæsitum* qui ne signifierait absolument rien. D'excellentes éditions du Digeste, celle de Freiesleben et celle de Kriegel entre autres, lui donnent raison en cela. Mais je n'accepte pas aussi facilement le déplacement qu'il opère des mots *cujus filiam*, et sa leçon si tourmentée : « Idque in testamento Cocceii Cassiani clarissimi viri, qui Rufinam ingenuam honore pleno dilexerat, optimi maximique principes nostri judicaverunt : quam alumnam testamento Cassianus nepti coheredem datam appellaverat, cujus filiam vulgo quæsitam apparuit. » Il me paraît mille fois plus simple de prendre exactement dans le texte ce qui s'y trouve : on n'en arrive pas moins à la confirmation de la règle posée par Papinien. Veuillez me suivre, monsieur.

Un citoyen romain qui, même sans être patron d'une affranchie, la prend pour concubine, n'est pas en état de *stuprum* avec elle, comme il le serait avec une ingénue qu'il aurait la prétention d'avoir en concubinat sans qu'elle eût fait la *testatio* constitutive de son abaissement, si jusqu'à ce moment elle était restée honnête. Il suit de là que les dispositions testamentaires faites par ce citoyen romain au profit de l'affranchie, sa concubine, seraient valables, à la différence de celles faites au profit de l'ingénue avec laquelle on a commis un *stuprum*. Telle est la prémisse que contient le texte : il faut en tirer les conséquences que Papinien lui-même en tire dans l'hypothèse par lui rapportée.

Le sénateur Cocceius Cassianus, un homme de sentiment, — un imbécile peut-être, — aimait d'amour tendre une ingénue, Rufina,

dont les antécédents n'étaient pas absolument nets. Cette ingénue avait eu dans sa jeunesse une fille dont le père était inconnu. Aux yeux du bon Cassianus, c'était un malheur, un accident : Rufina était l'innocente victime d'une odieuse séduction! Il la prit pour concubine, n'en pouvant faire son *uxor*. Mais il l'entoura de la plus parfaite considération, *pleno honore eam dilexit*. Il prit chez lui sa fille. Pour ne pas révéler à ceux qui l'ignoraient le passé de Rufina, il donna à la fille de celle-ci le nom affectueux d'*alumna*. Ce fut une jeune parente qu'il avait recueillie, qu'il élevait, quelque chose comme une nièce. Quand le digne homme mourut, il la donna pour cohéritière à une sienne petite-fille, et dans son testament, comme bien on le pense, il n'oublia pas Rufina : il lui laissa quelque chose.

Réclamations des personnes intéressées à ce que le legs fait à cette dernière tombât : « Rufina était une ingénue, elle n'avait pu être la concubine de Cassianus ; entre elle et lui il y avait un *stuprum*, partant le legs était nul ! » Les empereurs Sévère et Antonin Caracalla reconnurent que Rufina avait eu une fille *vulgo quæsita*, qu'elle était par conséquent de ces ingénues qu'on pouvait prendre pour concubines, et maintinrent la libéralité faite à son profit par le défunt, puisqu'il n'y avait pas eu *stuprum*.

Je n'ai pas changé, pas déplacé un mot du texte : je n'ai pas eu à supposer que Cassianus ait donné à sa concubine, dans un acte sérieux, la qualification d'*alumna* ; j'ai suivi Papinien à la lettre, et logiquement de la conséquence je suis remonté avec lui à la prémisse.

La faculté accordée à l'homme de donner à sa concubine tout ce qu'il jugerait à propos, existait, ainsi que nous venons de le voir, dans le droit antéjustinianéen ; mais à partir du règne de l'époux de Théodora, il n'en fut plus de même. Ce prince jurisconsulte décida qu'à l'avenir on ne pourrait donner à sa concubine que dans les proportions suivantes : Si le testateur a des enfants nés de justes noces, il ne pourra laisser à sa concubine qu'une once à partager avec les enfants issus de leur concubinat Si leur union est restée stérile, la femme ne pourra recevoir qu'un vingt-quatrième de la succession. Quand, au lieu d'enfants nés d'un *matrimonium justum*, le testateur avait pour héritiers légitimes des ascendants, il lui était permis de laisser

tout ce qu'il voulait à sa concubine, hors la réserve attribuée à ceux-là. Quand il mourait sans *justi liberi* et sans ascendants, il pouvait laisser à sa concubine tout ce qu'il voulait. (Nov. 89, ch. XII).

Mais une concubine a-t-elle jamais eu *ab intestat* quelques droits à la succession de son conjoint? Non! le droit civil n'admettait la femme à succéder à son mari que lorsqu'elle était *in manu ejus*, conséquemment *loco filiæ*, et au nombre des *heredes sui*. La concubine ne peut jamais être, *loco filiæ*, sous la *manus* de l'homme avec lequel elle vit.

Lorsque le préteur créa la *bonorum possessio unde vir et uxor*, pour faire arriver, dans certains cas, la succession de l'époux prédécédé au conjoint survivant, il fut entendu que cette *bonorum possessio* ne serait accordée que s'il y avait eu *matrimonium justum* (fragm. 1, *Unde vir et uxor*, Dig.). La concubine n'eut donc, ni d'après le droit prétorien, ni d'après le droit ancien, aucune aptitude à recueillir la succession de son conjoint.

Je ne pense pas non plus qu'on puisse étendre aux concubines les nouveaux avantages qui furent accordés aux *uxores* par Justinien. Ce prince permit à l'*uxor* indigente de prendre un quart des biens de son mari prédécédé, pourvu que ce dernier ne laissât pas plus de trois enfants; s'il en laissait davantage, elle ne pouvait prendre qu'une part virile dans la succession. L'empereur, dans les novelles 53 et 117, ne dit mot de la concubine; il faut conclure de son silence qu'il n'entend pas lui accorder le même bénéfice qu'à l'*uxor*. Les princes chrétiens étaient loin de favoriser le concubinat, ils le supportaient à regret, le toléraient et ne l'encourageaient plus. Ils subissaient les concubines : il n'eût pas été rationnel qu'ils leur accordassent des avantages.

Relativement à la succession de ses propres enfants, la femme qui les avait eus d'un concubinat était-elle aussi maltraitée?

Dans l'ancien droit, même l'*uxor*, quand elle n'était pas sous la *manus* de son mari, n'avait *ab intestat* aucun droit à la succession de ses enfants. Naturellement il en était de la concubine comme de l'*uxor*. Ce ne fut qu'en vertu de l'édit, et lorsque le préteur eut imaginé les *bonorum possessiones;* que les femmes purent succéder à leurs enfants. Elles eurent la *bonorum posses-*

sio unde cognati. Plus tard, le sénatus-consulte Tertullien leur déféra l'hérédité de leurs enfants ; elles furent alors rangées, quant à eux, dans la classe des héritiers légitimes.

La date de ce sénatus-consulte a été discutée. Les uns le placent sous le règne d'Antonin le Pieux ; les autres, s'en tenant aux renseignements fournis par les Institutes, pensent qu'il fut porté sous le règne d'Adrien. Mais ce point d'histoire est sans importance pour nous : il nous suffit de savoir que *ex senatus-consulto Tertulliano*, la mère succédait à ses enfants, quel que fût leur état civil. On ne distinguait pas si elle les avait conçus dans de justes noces, ou si elle les avait eus d'un concubinat ; elle succédait même à ses *vulgo quæsiti* (fragm. 2, § 1, *ad S.-C. Tert. et Orf.*, Dig.). Le sénat voulait récompenser les femmes qui avaient mis au monde des enfants, et concouru à repeupler l'empire. On ne se demandait pas si ces enfants étaient issus d'unions légitimes ou non : la maternité n'est jamais douteuse.

Nous avons vu que la femme qui avait un enfant n'était pas *orba ;* cependant, pour pouvoir recueillir *ab intestat* la succession que lui attribue le sénatus-consulte Tertullien, il fallait qu'elle eût eu trois enfants si elle était une ingénue, quatre si elle était une affranchie.

Par une constitution, Sévère exigea en outre qu'elle n'eût pas omis de faire nommer à ses enfants impubères un tuteur capable et solvable, ni négligé de procéder aux démarches nécessaires pour le remplacement de leur tuteur, dans le cas où il aurait été excusé ou destitué. Elle n'avait qu'un an pour cela (fragm. 2, §§ 23 et 43, *ad S. C. Tert.*, et fr. 2, § 2, *Qui pet. tut.*, au Dig.). Faute de se conformer à ces prescriptions, elle perdait le droit de succéder en vertu du sénatus-consulte Tertullien, à moins qu'elle ne fût *minor viginti quinque annis*, ou que ses enfants n'eussent atteint la puberté, car, dans ce dernier cas, s'ils mouraient sans faire de dispositions testamentaires contre elle, c'est qu'ils lui avaient pardonné.

A la mère étaient toujours préférés les descendants du défunt. Mais lui préférait-on aussi le père des enfants nés du concubinat, et les frères et sœurs de ses enfants prédécédés ? Il faut répondre négativement à cette question. Il n'existe, en faveur du père purement naturel, aucune disposition analogue au sénatus-consulte Tertullien. Le préteur l'appelait bien, comme

cognat, à la *bonorum possessio* de ses enfants *ex concubinatu nati*, mais, comme cognat, il était primé par leur mère, sa concubine, qui, elle, était une *legitima*. Le *pater justus*, au contraire, était expressément préféré à sa femme. Quant aux frères et sœurs, nés *ex concubinatu*, ils étaient pareillement exclus par la mère. Impossible de leur appliquer la dénomination de consanguins dans le sens que les Romains affectaient à cette épithète, et le sénatus-consulte Tertullien ne mettant avant la mère que les *consanguinei* du défunt, personne n'était en position d'exclure la concubine de la succession de ses enfants.

Plusieurs fois, à dater du triomphe du christianisme, le droit de succéder à leurs enfants, résultant pour les femmes du sénatus-consulte Tertullien, fut modifié par des constitutions impériales. Mais Constantin, Théodose II et Valentinien III, qui ne pouvaient de nouveau, soit directement, soit indirectement, sanctionner le concubinat, n'ont dû s'occuper que des agnats et des *uxores*, et je ne pense pas que leurs décisions puissent s'appliquer aux concubines.

Justinien changea toute l'économie du sénatus-consulte Tertullien; il n'exigea plus de la femme qu'elle eût eu plusieurs enfants, pour pouvoir leur succéder *ab intestat*, trouvant inhumain et impie de faire tourner au détriment de la mère ce qui est le résultat d'un cas fortuit, et de lui faire en quelque sorte un crime de son infécondité. Il prit une décision qui, en améliorant la position des mères *justæ*, amoindrit celle des concubines mères. D'après le sénatus-consulte Tertullien, la mère se trouvait absolument exclue si le défunt avait laissé des frères consanguins; s'il ne laissait que des sœurs consanguines, sa mère venait en concours avec elles. L'empereur supprima cette disposition, qui du reste n'intéressait pas les concubines, et ordonna qu'à l'avenir les frères du défunt, même quand ils n'auraient que le droit de cognation (ce droit n'est pas étranger aux enfants nés du concubinat), partageraient la succession de leur frère prédécédé, avec la mère réduite alors à une part virile. Dans le cas où le défunt n'aurait laissé que des sœurs, la mère était appelée à la moitié de la succession (loi 7, pr., *ad S.-C. Tertull.*, Cod.). Par sa constitution, Justinien diminuait les droits de la concubine : autrefois elle excluait tout le monde, dorénavant elle va subir le concours des frères et sœurs de son enfant.

Peu après, le même empereur ne laissa plus qu'une part virile à la mère, même quand elle n'était en présence que de sœurs du *de cujus* (nov. 22, ch. XLVII, § 2). Il ne lui refusa pas néanmoins la *querela inofficiosi testamenti*, et lui permit d'attaquer le testament dans lequel son enfant l'aurait exhérédée sans de justes motifs (nov. 115, ch. VI.)

Passant de la concubine à ses enfants, demandons-nous quelle était leur position par rapport à leur mère et sa famille ; nous rechercherons ensuite quelle pouvait être leur position à l'égard de leur père et de la famille de celui-ci.

La loi des Douze Tables n'appelait à succéder que les *heredes sui*, les agnats et les *gentiles*. Tant que ces principes furent en vigueur, les enfants de la concubine n'eurent évidemment aucune aptitude à la succession de leur mère. Ils n'étaient pas ses *heredes sui* (les femmes n'ont pas de pareils héritiers), ils n'étaient pas ses agnats (l'agnation ne s'établit que par les mâles), ils n'étaient pas ses *gentiles* pour une foule de raisons dont l'examen n'est pas de notre sujet.

D'après ce droit peu sentimental, ils étaient aussi étrangers à leur mère que si aucun lien ne les eût rattachés à elle. Mais notons qu'il en était de même des enfants nés d'un *matrimonium justum* quand leur mère n'était pas devenue leur agnate au moyen d'une *in manum mariti conventio*. Heureusement les préteurs modifièrent cette rigueur du droit primitif. Comme le droit ancien, ils reconnurent trois ordres d'héritiers *ab intestat* : l'ordre des *liberi*, celui des *legitimi*, et celui des cognats ; dans ce dernier entrèrent toutes les personnes du même sang. Les enfants issus du concubinat trouvèrent naturellement place dans cet ordre, et purent, par la *bonorum possessio unde cognati*, arriver à la succession de leur mère.

Cet état de choses dura assez longtemps, car ce ne fut que plusieurs années après le sénatus-consulte Tertullien que parut le sénatus-consulte Orphitien. Le premier appelait la mère à la succession de ses enfants, le second appela les enfants à la succession de leur mère. Le sénatus-consulte Orphitien date du règne des empereurs Marc-Aurèle et Commode. Il attribua aux enfants de la femme, quels qu'ils fussent, la succession de leur mère, et les préféra même aux agnats.

Sans être les *heredes sui* de leur mère (une femme ne peut

avoir d'héritiers de cet ordre) les enfants lui en tinrent lieu, ainsi que le remarque fort bien M. Ortolan dans son *Explication historique des Institutes*. Ils venaient avant tout autre, même avant le père et la mère de la défunte, quoique la mère eût pour elle le sénatus-consulte Tertullien, qui lui confère la succession de sa fille. La prééminence du sénatus-consulte Orphitien sur le sénatus-consulte Tertullien fut établie par des constitutions impériales, entre lesquelles notamment celles des empereurs Valentinien, Théodose et Gratien (lois 1 et 4, *ad S.-C. Orphit.*, Cod.).

Le sénatus-consulte Orphitien n'avait rien dit des petits-enfants de la défunte, il ne les avait pas habilités à recueillir la succession de leur grand'mère : c'était là une lacune que les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius firent disparaître. A partir de ces princes, les petits-fils et petites-filles purent succéder comme les fils et les filles (loi 4, tit. I, liv. v, Cod. Théod.). C'est ce qui a permis à Voët de dire que les enfants nés du concubinat représentaient leur mère et venaient prendre sa place dans la succession de leur aïeule; en effet, ajoute-t-il, la qualité de l'enfant est indifférente dans la ligne maternelle (Voët, *Ad senatus-consultum Tertullianum et Orphitianum*, fr. 4 et 8, *Unde cogn.*).

Quels qu'ils fussent, les enfants investis de droits héréditaires par les dispositions que nous venons d'indiquer ne pouvaient être exhérédés ou omis dans le testament de leur mère, si celle-ci n'avait pas contre eux de justes motifs de mécontentement. En conséquence, on leur accordait la *querela inofficiosi testamenti* (fragm. 5 et 9, *De inoff. test.*, Dig. ; lois 1 et 5, Cod., *De inoff. test.*).

Dire que les *liberi ex concubinatu nati* auraient cette *querela*, c'était dire implicitement qu'ils avaient une légitime dont on ne pouvait les priver sans de justes motifs. Elle était du quart de ce qu'aurait eu l'enfant s'il était venu *ab intestat* à la succession.

Puisque les enfants de la concubine avaient droit à une légitime, à plus forte raison auraient-ils pu recevoir des legs de leur mère ou être par elle institués héritiers. Jamais cette aptitude ne leur fut contestée, tant que le concubinat resta licite ; elle ne fut pas même modifiée par Justinien, lui qui touchait à toute chose et qui réformait tout.

Entre-vifs, la concubine aurait certainement pu faire des donations à ses enfants, rien ne s'y opposait. Et de ce que leur mère à sa mort leur devait une légitime, je conclus que, de son vivant, ils pouvaient exiger d'elle des aliments ; mais je me hâte d'ajouter que si elle se fût trouvée dans le besoin, ils eussent été réciproquement obligés de lui venir en aide dans la mesure de leurs moyens.

La filiation des enfants nés du concubinat, étant certaine par rapport à leur mère, l'était aussi par rapport à tous les parents maternels. Ces enfants étaient donc appelés, non-seulement à la succession de leur mère, mais encore, selon leur degré de proximité dans l'ordre des cognats, à la succession des parents de celle-ci. Ils succédaient aussi entre eux, absolument comme s'ils eussent été de *justi liberi* (fr. 2 et 4, *Unde cogn.*, Dig.). Cela ne pouvait pas faire doute quand ils étaient d'une même mère; mais que décider quand, ayant eu le même père, ils étaient nés de mères différentes ? Auraient-ils pu venir à la succession les uns des autres par la *bonorum possessio unde cognati?* Pourquoi non ? La cognation résulte de la parenté naturelle, du lien du sang, et du moment qu'on tient pour certain que des enfants sont nés d'un même père, du moment qu'ils ont un même *pater certus*, il faut bien admettre qu'ils sont frères. On peut leur refuser les droits de l'agnation, qui est une parenté toute civile, mais on ne peut leur contester la qualité de cognats entre eux. Aussi, selon moi, les enfants qu'un homme aura eus d'une *uxor* et d'une concubine, ou bien de deux concubines, pourront venir à la succession les uns des autres par la possession de biens *unde cognati*.

Cela admis, j'arrive naturellement à admettre l'opinion ainsi formulée par M. Ortolan : « Les enfants nés du concubinat ayant un père certain étaient unis indubitablement par les liens naturels du sang, non-seulement à la mère, mais encore au père et aux parents paternels. Le texte ne nous dit pas ici ni ailleurs s'ils étaient appelés par le préteur au rang des cognats dans la succession des parents paternels, mais l'affirmative est hors de doute. » (M. Ortolan, *Explication historique des Institutes*, t. III, p. 61).

Je crois, avec l'éminent professeur, que la cognation existait entre la famille paternelle et l'enfant né du concubinat. Ce n'est

nullement contraire au principe qui, plaçant cet enfant en dehors de la famille civile de son père, le soustrait à la *patria potestas*, et lui enlève les droits d'agnation. On peut, sans faire partie de cette famille de convention, compter dans la famille naturelle, et y avoir tous les droits résultant d'une parenté incontestable.

Mais ce que je dis doit s'entendre des enfants dont le père est certain. Avant les lois Julia et Papia Poppœa, ceux qu'un homme aurait eus d'une concubine n'étaient pour lui que des *spurii*, et n'auraient pu être appelés à sa succession.

M. de Fresquet est tombé dans l'erreur, pensons-nous, lorsqu'il a affirmé que les enfants issus du concubinat auraient eu, par rapport à la succession de leur père, la *bonorum possessio unde liberi* (M. de Fresquet, *Traité élémentaire de droit romain*, t. II, p. 38). Il peut, au premier aspect, sembler extraordinaire qu'on n'appelle pas à la *bonorum possessio unde liberi* des personnes que l'on déclare être les *liberi certi* du défunt. Mais nous savons qu'on n'accordait pas aux enfants cette *bonorum possessio*, même quand il s'agissait de la succession de leur mère, et on ne voit pas pourquoi ils auraient eu un titre plus puissant quand il se serait agi de la succession de leur père. Comme le remarque M. Machelard dans son admirable *Dissertation sur l'accroissement*, il n'y avait d'appelés à la *bonorum possessio unde liberi* que les *heredes sui* ou ceux qui avaient cessé de l'être en vertu d'une émancipation dont le droit prétorien ne se préoccupait pas. Or, les enfants issus du concubinat n'ont jamais été les *heredes sui* de leur père ; le préteur n'a donc pas dû les appeler comme *liberi* à la possession des biens de ce dernier.

Justinien fut le premier qui admit, à titre d'enfants, les *nati ex concubinatu*, à la succession de leur père mort intestat. Mais je dois dire qu'il leur fit une part bien exiguë. Si le défunt ne laissait ni *uxor* ni enfants d'elle, ceux de sa concubine pouvaient prendre deux onces de sa succession ; dans le cas contraire, l'empereur ne leur accordait que des aliments (Authent., *Licet patri*, tit. XXVII, liv. v, Cod. ; et nov. 18, ch. v).

Il est un point constant pour moi, quoique les textes n'en disent rien, c'est que sous l'empire de l'ancien droit, du droit prétorien et des constitutions des empereurs païens, les enfants issus du concubinat pouvaient recevoir de leur père tout ce qu'il voulait bien leur donner. « Uti legassit, ita jus esto. »

Mais cette liberté de disposition du père fut restreinte par les empereurs chrétiens. En vertu d'une constitution datée de Carthage, et dans laquelle resplendit tout le fanatisme du premier empereur chrétien, Constantin déclara infâmes et mit hors la loi les sénateurs, les préfets, les duumvirs, les ministres du culte qui, ayant eu des enfants d'une esclave, d'une fille d'esclave, d'une affranchie, d'une fille d'affranchie, d'une comédienne, d'une fille de comédienne, d'une tavernière, d'une fille de tavernière, d'une personne d'humble ou d'abjecte condition, d'une fille de *leno* ou d'*arenarius*, d'une marchande publique, voudraient les considérer comme légitimes. Il décida que les libéralités par eux faites directement ou indirectement à ces enfants seraient révoquées au profit des descendants issus de justes noces, du frère, de la sœur, du père ou de la mère du donateur. En ce qui concerne les libéralités faites à ces femmes, même décision, avec cette aménité de plus toutefois qu'on soumettra à des tortures ces misérables dont les séductions accroissent le nombre des réprouvés, *quarum venenis inficiuntur animi perditorum*. Si les intéressés à la révocation se font scrupule d'en profiter, et n'exercent pas leurs droits dans le court délai de deux mois, les biens donnés appartiennent au fisc (loi 1, *De nat. lib.*, Cod.). Or, comme la plupart des concubines de hauts personnages étaient des femmes d'humble condition, il résulte incontestablement de la constitution du fervent et cruel Constantin que bon nombre d'enfants nés du concubinat ne purent rien recevoir de leur père.

Mais quoique cette constitution ne statue que sur des cas particuliers, et qu'elle n'implique pas nécessairement l'existence d'une prohibition générale de rien donner ou laisser aux enfants *ex concubinatu quæsiti*, cette prohibition doit cependant avoir existé, car, au dire de Justinien, les empereurs Valentinien, Valens et Gratien furent les premiers qui firent quelque chose d'humain pour ces enfants. Le consciencieux Godefroy ne doute point que Constantin ne fût l'auteur de toutes les incapacités infligées aux enfants nés du concubinat (Jac. Gothofred. *Codex Theod. cum comm.*, Lipsiæ, 1736, t. I, p. 392).

Quoi qu'il en soit, on ne peut nier que, sous les empereurs chrétiens, le père de ces enfants se vit enlever le droit de leur laisser ses biens; à peine pouvait-il leur en donner

quelques portions minimes, quelques bribes, à titre alimentaire.

A partir de Constantin, le concubinat n'est plus une union légale; les enfants qui en naissent ne sont pas encore, comme ils le furent sous Léon, des enfants *ex damnato coitu nati*, honteux produits d'une *nefaria consuetudo*, mais ils ne sont plus *legitimi*. Et cela est si vrai, que, lorsqu'ils seront mis au rang d'enfants nés de justes noces par le mariage subséquent de leurs parents, on dira d'eux que *legitimi fiunt*. Par leurs sévérités, les empereurs comptaient pousser à la légitimation de ces déshérités.

Pendant une période qui s'étend du règne de Constantin à celui des empereurs Gratien, Valens et Valentinien, les enfants nés du concubinat, incapables de recevoir même par testament de leur père, ne durent, à plus forte raison, avoir aucun droit sur la succession *ab intestat* de celui-ci, car les empereurs, qui défendaient de leur rien laisser par testament, n'eussent point permis aux préteurs de neutraliser leurs décisions par une *bonorum possessio unde cognati*.

Un retour à la mansuétude pour les enfants naturels (c'est ce nom qui, sous les empereurs chrétiens, servit à désigner exclusivement les enfants nés du concubinat, et que je leur donnerai dorénavant) eut lieu, ainsi que je l'ai déjà indiqué, sous le règne des empereurs Valentinien, Valens et Gratien. Ces princes permirent au père qui avait des *liberi justi* de donner entre-vifs, ou par testament, le douzième de ses biens à ses enfants naturels. Si cet homme n'avait ni père ni mère, ni enfants légitimes (pour les empereurs chrétiens les enfants légitimes sont exclusivement les enfants nés de justes noces et les légitimés), ses enfants naturels pouvaient recevoir un quart de sa fortune. Tout ce qui aurait excédé cette quotité revenait aux héritiers légitimes (nov. 89, ch. XII).

Ces dispositions des empereurs Gratien, Valentinien et Valens furent plus tard confirmées par Honorius et Arcadius (loi 2, *De nat. lib.*, Cod.).

Sous Justinien, la présence d'enfants adoptifs ou d'une épouse légitime ne restreignit plus la faculté qu'avait le père de faire des libéralités à ses enfants naturels (Auth., *Nunc soli*, tit. XXVII, liv. V, Cod.).

Par sa novelle 89, Justinien éleva du quart à la moitié la portion dont, à défaut d'enfants légitimes, le père pouvait disposer, soit entre-vifs, soit par testament, au profit des enfants naturels et de leur mère. Il ne s'arrêta pas là, car il permit au père qui n'aurait ni descendants légitimes, ni ascendants réservataires, de laisser toute sa succession à ses enfants naturels. S'il y avait des ascendants, et s'il n'y avait pas d'enfants légitimes, le père pouvait transmettre toute sa fortune à ses enfants naturels, la part des ascendants étant toutefois réservée. Mais quand il y avait des enfants légitimes, la constitution de Valens, Gratien et Valentinien continua de recevoir son application. Sur ce point, Justinien ne la modifia pas. Les enfants naturels ne purent toujours recevoir qu'un douzième de la fortune paternelle.

Comme on s'était demandé si les restrictions apportées par les constitutions impériales au droit de disposition du père naturel ne devaient pas être appliquées limitativement, et s'il n'était pas permis au père de celui qui avait des enfants d'un concubinat de disposer en leur faveur de tout ce qu'il eût pu donner à un étranger, Justinien, dans une constitution de l'an 539, décida que l'aïeul qui n'aurait pas de descendants légitimes, pourrait donner tout ce qu'il voudrait à son petit-fils naturel, et par ce mot se trouvent désignés l'enfant naturel d'un fils légitime ou naturel, et l'enfant légitime d'un fils naturel : tandis que l'aïeul qui aurait des descendants légitimes, ne pourrait laisser à ses petits-enfants naturels que ce qu'il aurait pu laisser à leur père (loi 12, *De nat. lib.*, Cod.). Remarquons que Justinien n'appelle pas les petits-enfants naturels à la succession de leur aïeul paternel mort intestat.

Les enfants naturels avaient-ils une réserve dans la succession de leur père? Aucun texte, que je connaisse, ne tranche explicitement la question.

Pérèze (tit. XXVII, liv. v, Cod.) et Hotman (*Disp. de spur. et legit.*, ch. III) pensent que ces enfants n'avaient pas de légitime. La légitime, disent-ils, n'appartient qu'aux héritiers investis du droit d'intenter une *querela inofficiosi testamenti*. Ce droit, les enfants naturels ne l'ont pas, car leur père ne peut avoir manqué à un devoir d'affection envers eux, lui à qui la loi défend, dans certains cas, de leur donner plus d'un douzième

de ses biens. Quand il leur laisse valablement quelque chose, c'est en vertu d'une tolérance de la loi. Il peut, il ne doit pas.

Les raisons de ces jurisconsultes sont faibles, et leur système est trop général. Il faut distinguer soigneusement entre les diverses époques.

Avant les lois Julia et Papia Poppœa, les enfants *ex concubinatu quæsiti* étaient considérés comme n'ayant pas de père certain, et n'avaient conséquemment aucun droit à la succession de leur auteur.

A partir de ces lois, ils ont un père certain. Si celui-ci les omet dans son testament, il manque envers eux à l'*officium pietatis*, il fait preuve de cette malveillance dont on se préoccupait exclusivement pour justifier la *querela inofficiosi testamenti*. Ils auraient donc pu intenter cette *querela*, mais dans le cas seulement, bien entendu, où *ab intestat* ils eussent dû avoir quelque chose; en d'autres termes, dans le cas où, par la *bonorum possessio unde cognati* qui leur appartenait, ils auraient été appelés en premier ordre. Autant vaut dire, selon moi, que, dans ce cas, ils ont une légitime.

Sous Constantin et ses successeurs, jusqu'à Gratien, Valens et Valentinien, ces enfants ne peuvent plus rien tenir de leur père; de son côté, le préteur ne se permet pas de les protéger. Ils ne sont évidemment plus des légitimaires. Ils ne le sont pas davantage sous Valens, ses collègues et ses successeurs, qui, tout en autorisant le père à laisser par testament quelque chose à ses enfants naturels, n'accordèrent cependant aucun droit *ab intestat* à ces derniers.

Quand Justinien, cessant de les sacrifier tout à fait, leur eut restitué, pour le cas du moins où ils n'étaient pas en présence d'enfants légitimes ou de l'*uxor* du défunt, des droits bien exigus, il est vrai, de succession *ab intestat*, il devient rationnel d'admettre qu'ils eurent une légitime. Mais si la présence d'enfants légitimes ou d'une *uxor* du testateur leur enlevait toute vocation à l'hérédité paternelle, ils ne pouvaient réclamer que des aliments. Cela dura jusqu'à Léon VI, qui les rejeta dans la classe des réprouvés.

Réciproquement le père avait-il quelques droits à la succession de ses enfants issus d'un concubinat? Aucun assurément, d'après la loi des Douze Tables. Mais il fut compris par le pré-

teur au nombre de ceux à qui était accordée la *bonorum possessio unde cognati*. On peut raisonnablement penser que, sous les premiers empereurs chrétiens, il cessa d'être apte à recueillir comme cognat la succession de ses enfants naturels. Il n'est cependant pas impossible que les empereurs Valens, Valentinien et Gratien, Honorius et Arcadius lui aient restitué quelque capacité. Cela est même probable. Seulement, à l'appui de ma conjecture, pas de documents. Je ne puis devenir affirmatif que pour la période datant de Justinien. Cet empereur, qui accordait un sixième aux enfants naturels dans la succession de leur père mort intestat, attribua également un sixième à celui-ci, dans les biens de ses enfants morts sans avoir testé (nov. 89, ch. XIII). Il était du reste exclu par les enfants et par la femme du défunt, et n'avait droit alors qu'à des aliments (Auth., *Licet patri*, tit. XXVII, liv. V, Cod.).

Ex testamento, le père pouvait, sous réserve du droit des légitimaires, recevoir de ses enfants naturels ce qu'il leur convenait de lui donner. Il ne nous est du moins parvenu aucune disposition qui restreigne sa capacité. Peut-être, pendant les années qui s'écoulèrent de 313 à 375, le testament des enfants en faveur du père naturel dut-il être dénué d'effets, comme en était dénué celui du père en faveur de ses enfants; mais, sous Justinien, le père avait positivement le droit de *capere ex testamento* tout ce qui lui était laissé par ses enfants naturels, s'il n'y avait pas d'héritiers à réserve.

Il pouvait pareillement recevoir d'eux toute espèce de donation entre-vifs, et, s'il était dans le besoin, exiger qu'ils le nourrissent. La dette d'aliments des enfants naturels envers leur père, celle de celui-ci envers ses enfants, ne date évidemment pas du règne de Justinien. Des textes empruntés aux jurisconsultes classiques, prouvent qu'elle existait dès le commencement de l'empire (fragm. 4 et 5, *De agnosc. et alend.*, Dig.). Elle avait sa cause plutôt dans la sanction du droit de la nature que dans les règles du droit civil. La seule recherche à laquelle il y eût lieu de procéder était celle de la filiation. Et comme les enfants nés du concubinat ont un père aussi certain que les enfants nés d'un *matrimonium justum*, le père avait le droit d'exiger d'eux des aliments, ils avaient le droit d'en exiger de leur père.

Mais ce serait mal raisonner que conclure, ainsi que le fait Hotman (*Disp. de spur. et legit.*, ch. III), de la nécessité imposée à un père de nourrir ses enfants naturels, à la nécessité pour lui de doter sa fille née d'un concubinat. Entre la dot souvent considérable et des frais d'entretien ordinairement assez faibles, la distance est grande ; entre la constitution d'une dot qui, une fois fournie, adhère en quelque sorte à la femme jusqu'à sa mort, et la dette alimentaire qui disparaît dès que l'enfant se trouve en position de subvenir par lui-même à ses besoins, la différence est notable.

Les empereurs Sévère et Antonin (fragm. 19, *De rit. nupt.*, Dig.) avaient pu obliger le père à doter la fille qui était sous sa puissance, et qui, même lorsqu'elle obtenait de se marier malgré lui, n'épousait jamais qu'un homme de condition sortable, et pour lequel les magistrats avaient reconnu mal fondées les répugnances du père. Il aurait été par trop fort que ces empereurs contraignissent un père naturel à doter une fille complétement indépendante de sa puissance, qui pouvait se marier sans prendre conseil de lui, même dans les conditions les plus justement répréhensibles.

D. PILETTE,
Docteur en droit.

(*La fin au prochain numéro.*)

PRÉCIS HISTORIQUE

DE

L'ORIGINE ET DU DÉVELOPPEMENT

DE LA

COMMUNAUTÉ DES BIENS ENTRE ÉPOUX.

(Suite et fin.)

TROISIÈME SECTION.

C. — Développement de la communauté des biens entre époux, d'après les lois des peuples scandinaves.

CHAPITRE Ier.

CÉLÉBRATION DU MARIAGE ET RÉGIME DES BIENS DES ÉPOUX DANS LES TEMPS LES PLUS RECULÉS DE LA CIVILISATION SCANDINAVE.

Nous avons indiqué, p. 255, ce qu'était l'idée de la famille chez les peuples germains, et mentionné les obligations que le lien du sang y imposait aux membres d'une même famille. L'histoire du droit des Germains du Nord montre, d'une manière encore plus claire que celle des Germains du Sud, toute l'influence de l'idée alors dominante de la famille comme une totalité absolue vis-à-vis des autres familles. Cette idée se reflète tout spécialement dans les dispositions minutieuses que les lois des peuples scandinaves contiennent sur l'acte le plus important pour l'individu, le mariage, qu'elles considèrent toujours comme concernant la famille entière [1]. Ainsi l'on attribuait une telle importance à la simple intention de s'allier conjugalement au membre d'une famille étrangère, que, pour le choix d'une épouse, les hommes mêmes paraissent avoir été obligés, jusqu'à

[1] Cf. Nordström : *Bidrag till den Svenska Samhällsförfattningens Historia*, II, p. 11 et suiv.

un certain point, d'obtenir le consentement de leurs parents[1]; ils étaient du moins tenus, avant de contracter l'union matrimoniale, de demander les conseils des principaux membres de leur famille.

La femme non mariée, toujours placée sous la tutelle de son père ou des parents mâles les plus proches[2], était représentée, lors de la convention du mariage, par son *sponsor*, sans l'approbation duquel il lui était impossible de contracter de son propre[3] une union considérée comme légitime tant à son égard qu'à celui de ses enfants[4]. L'union qu'elle aurait contractée sans cette autorisation, n'était pas, toutefois, toujours considérée comme illégitime, du moins à l'époque où nos coutumes provinciales

[1] Pour les renseignements fournis par les *Sagas*, voir Thorlacius : *Borealium veterum matrimonia*, p. 21-22. Si la loi même ne statuait pas que le prétendant en eût préalablement conféré avec ses proches, ce procédé paraît en tout cas avoir été considéré comme exigé par l'usage et par les convenances. Aussi la *Loi de Sudermanie*, *Section de mariage*, 1, dit-elle : « Maþer will sik kunu biþiæ med raþe skyldaestæ fraendæ *sinne*. »

[2] Dans la *Grágás*, le *sponsor* de la femme est nommé *fastnandi*. Pour l'ordre dans lequel les parents exerçaient le droit de *sponsor*, voir Festa-Þ. (Section de mariage), 1 (I, p. 305-6). Pour la question si, d'après la *Grágás*, le *sponsor* pouvait forcer la femme au mariage ou empêcher les offres qui pouvaient lui être faites, voir Finsen : *Den Islandske Familieret*, p. 207-11. Dans les lois norvégiennes, le *sponsor* est nommé *giptingarmadr* (voir *Loi de Frostathing*, XI (I, p. 230); 16 (I, p. 233, etc.), et, dans les coutumes provinciales de la Suède, *giftarmaþer*, *gipta maþer*, *giftomaþer*; voir les Glossaires de Collin et de Schlyter pour les lois de Westrogothie et d'Ostrogothie. Pour les droits du *sponsor* d'après les coutumes provinciales, voir Nordström, *l. c.*, II, p. 13-14.

[3] La veuve paraît avoir eu plus de liberté. Il est toutefois probable qu'elle aussi était, dans le principe, sous l'autorité d'un *sponsor*. Mais déjà l'*Ancienne Loi de Gulathing*, 51, loi reconnaît le droit de conclure elle-même les fiançailles, avec l'approbation de ses proches : « *Eckia scal sjolf festa sic*, oc hava *frenda rad vid*. » — La *Loi de Westrogothie*, II, add. 8, déclare, par contre, expressement que la veuve doit être fiancée par un *sponsor* légal : « Eig ma ok ænkiu fæstæ æller giri gipt hennær skiliæ, « vlan rættær giftar man; » cf. toutefois, I, *Section de mariage*, 6, et II, *Section de mariage*, 7, endroits qui pourraient autoriser une opinion contraire. La *Loi d'Upland*, *Section des successions* (*Aerfda Balken*), 2, pr., laisse à la veuve entière liberté de choix : « *Ænkiæ* aghær slæiff giptu « sinni raþæ; » mais la *Loi de Sudermanie*, *Section de mariage*, I, y ajoute : « Meþ faþurs raþe oc skyl þasta frændæ. » — Cf. pour le droit danois : Kolderup-Rosenvinge, *Grundrids af d. d. Retshistorie*, I, 145-46.

[4] Cf. Thorlacius, I, p. 23.

furent rédigées par écrit ; mais l'homme qui l'avait séduite s'était rendu coupable, envers la famille, d'un affront qui exigeait une réparation spéciale[1], et la femme était regardée comme déshonorée, et devenue, par ce fait, indigne d'hériter des siens, à moins que ceux-ci ne lui pardonnassent sa faute[2].

Avant d'entrer dans l'histoire du régime des biens conjugaux, qu'il nous soit permis de jeter un coup d'œil sur les conditions extérieures que les coutumes du Nord paraissent avoir exigées pour la validité du mariage.

Ces conditions étaient :

La convention des fiançailles.

Le MUNDR, *ou la constitution d'un don pour l'obtention de la fiancée.*

La tradition solennelle de la fiancée[3].

Voici ce qui se passait à l'égard de la première de ces conditions.

[1] *L. W.*, I, S. M., 6 ; II, S. M., 7. — *L. O.*, S. M., 16 ; *L. Sd.*, S. S. 3, 1. La *Loi de Helsingland*, S. S., 14, pr., indique d'une manière encore plus précise que les amendes constituaient une réparation envers la famille : « Later mŏ *liggiæ* sik. *bōtæ han faþer hænnæ*, XVI, ōræ. *broþer* VIII, ōræ. « *systingæ* IIII ōræ. » Cf. *Grágás*, Festa-Þ., 25 (I, p. 339). — *N. Landsl.* M. B. 29, A. B. (V), 5.

[2] C'est ce que statue la *L. d'U.*, S. S., I, 2 : « Hwilikin mŏ man takær, « *mot faþurs viliæ ællr moþor*. æn þer liwæ. hwat hun takær han til apal- « manz ællr löskæ lægh̄s. *Þa wæri miskunnæ konæ* faþurs oc moþor. Ok « ænxi annærs frændæ. Ællr giptæ manz. *will* faþir ok moþer forlatæ « heuni sak sinæ. Þa taki. Hun *fullæn arfþælot*. » Cf. *L. Sd.*, S, M., 1, 1. — *Loi de Westmanland*, I, S. M., 3, 1 ; II, S. H., 1, 2 ; — *L. H.*, S. H., 1, 2 ; — *Nouvelle Loi des campagnes*, S. M., 3, pr. — *Nouvelle Loi des villes*, S. M., 3. — *Loi de la ville de Wisby*, IV, 4. — Cf. encore la *Nouvelle Landslov*, S. S. (V), 2 : « En ef kona giptizt *uttan rads fadur sins eda brodor eda* « *moþor eda þess er giptingar maþr er firir rade hennar hafe firir gort* « *orfum* allum þeim er undir hana kunnu att falla þædan ifra, etc. ; » ainsi que la *Nouvelle Bylov*, V, 2.

[3] La *Loi de Jutland*, 27 (édit. Kolderup-Rosenvinge, *Samling af gamle Danske Love*, III, p. 58), montre qu'il y avait exception à ces principes ; ainsi, une concubine (*Slekefrith*) pouvait devenir femme légitime après une espèce de prescription de trois ans. Cf. Kofod-Anker : *Samlede juridiske Skrifter*, Copenhague, 1809, II, p. 200-3, et Kolderup-Rosenvinge, *D.*

Après que le prétendant avait fait présenter, par l'un de ses amis, sa demande au père ou au *sponsor* de la femme[1], le prétendant, suivi de ses parents, s'assemblait, avec le *sponsor* et les plus proches parents de ce dernier, en *conférence* dite *des fiançailles* (*fæstnaþar stæmna*)[2,3], pour établir plus explicitement les bases de la convention, et fixer les conditions du mariage. Le prétendant exposait sa demande (*prière*)[4], et déclarait le don qu'il avait le dessein de faire pour l'obtention de la fiancée (*tinir* MUNDAR-*mál*)[5], le *sponsor* répondait, au nom de la prétendue[6], à cette demande, et *nommait* la *dot* [*næmna fylghþ*[7], *heimanfylgia*[8],

Danske Retshistorie, I, p. 153. — Il paraît de même, d'après l'*Ancienne Loi de Gulathing*, 125 (I, p. 54), que vingt ans de cohabitation avec une concubine entraînaient les mêmes suites légales du mariage légitime.

[1] La *Saga de Niál*, chap. II et XIII, contient des données explicites sur les formalités que l'on observait dans cette conférence.

[2] Voir le *Glossaire* de Collin et Schlyter, pour la *L. W.*

[3] La *L. O.*, S. M., 5, 1, montre que, d'après l'usage, les parents au troisième degré y assistaient... « Tue þer sum hænna næste æru *innan þripia* « *kna sum þær uaru nær þa hon fæstis*, etc. »

[4] La demande en mariage est déjà nommée *bönorð* (*prière*) dans les Sagas; voir *Saga de Niál*, chap. XIII. — Demander une femme en mariage, est rendu par « *Sær kono biþia*, » (se prier une femme); voir *Laxdæla Saga*, Copenhague, 1826, chap. XXXIV (p. 132); voir, en outre : *L. W.*, I, S. M., 1, 2; II, S. M., 1, 2; S. H., 21.— *L. O.*, S. M., 1; 29; pr. 1. — *L. U.*, S. H., 1, pr. — *L. Sd.*, S. M., I, pr. — *L. Wd.*, I, S. M., 1; II, S. H., 1, pr. — La même expression se retrouve dans les lois norwégiennes; cf. la *Nouvelle Loi de Borgarthing*, Chr. R. (*Droit ecclésiastique*), chap. XV (II, p. 299); 25 (p. 304); la *n. L. G.*, D. E., chap. XXIII (II, p. 319).

[5] *Grágás*, Festa-Þ., 7 (I, p. 316) : « Þa er kona föstnoþ at lögom, ef « maþr tinir *mundar* mál, etc.; » chap. L (p. 370).

[6] Cf. *Grágás*, *ut suprà*.

[7] *L. O.*, S. M., 4, pr. : « Nu skal þæn fæsta sum nastær a fæþrinit. Þa « skal ok *næmna fylghþ hænna*. »

[8] *Laxdæla Saga*, chap. V (p. 10). — *Grágás*, Festa-Þ., 7... : « Þu hand- « salar mer *heimanfylgio*, etc... » Cf. *a. L. G* : *g.* 115. — *L. F.*, IX, 19; XI, 2, 4, etc. — *a. A. L. V. N.*, 105, 123, 125, etc. — *N. L. L.* (V), S. S., 1 (II, p. 74) : « Giptingar maðr skal *skilia heimanfylgiu*, » 2 et suiv.; cf. chap. IV (p. 78). — *Loi Járnsida*, S. M. (éd. Copenh., 1847, p. 58) : « Gip- « tingar maðr skal raða heiman fylgio, etc. »

hemfylgd[1], *heimanferd* (hemferth)[2], *heimanmundr*[3], *omynd*[4]], qui devait accompagner la fiancée. On fixait, en outre, l'époque du mariage, et surtout le régime des biens entre les futurs époux. La convention (festar, fæst = pactum) se ratifiait par une poignée de mains[5], donnée en présence des témoins appelés[6], [7]. Cela s'appelait, de la part du prétendu, *s'attacher la femme* (*fastna ser konu*), et, de celle du *sponsor*, *attacher la femme à l'homme* (*festa konu manni*). Dans le principe, le consentement de la femme ne paraît pas avoir été nécessaire[8]; mais déjà la

[1] *L. W.*, I, S. H., 5; II, S. H., 7. — *L. U.*, S. S., 8, « mæþfylgþ. » — Thorlacius, *Om det gamle Nordiske Lovsprog*, p. 177-78, a cherché à démontrer que les mots *heimanfylgia*, *hemfylgd*, signifient à proprement parler les *biens qui suivent l'épouse de la maison paternelle* (*heiman*; all. *heim*, angl. *home*, maison paternelle, et *fylgia*, *fylgd*, suite, accompagnement).

[2] *Loi de Jutland*, I, 15. — *A. L. V. N.*, 70.

[3] Nous n'avons trouvé nulle part, dans les lois, la dénomination de *heimanmundr*. Mais Thorlacius, *l. c.*, p. 191, indique que ce mot alterne avec *heimanfylgia*, dans les anciennes langues du Nord. — A la même opinion se rattachent Engelstoft, *Forsøg til en Skildring af Qvinde kjønnets huuslige og borgerlige Kaar hos Skandinaverne*, Copenhague, 1799, p. 155, et Th. Sveinbjørnson, Rem. sur la *Jórnsida*, p. 58.

[4] *Omynd*, *omund*, se trouve dans la *L. O.*, avec la signification de *dot* à la fille; sur l'étymologie de ce mot, Thorlacius, *l. c.*, 191, émet l'hypothèse qu'il est une contraction de *heimanmundr* : « Man vil dog nok forgieves « søge, » dit-il, « hvor diphtongen *ei* er blefven forvandlet til *o*, som ei er « usedvanligt; ikke at tale om at det Nordiske *heima* i det Engelske hedder « *home*. Heller ikke maae man sløde sig over, at det første *h* er udeladt, « endog foran ved en vocal, ligesom i *asætær* for *hásetar*. » Cette hypothèse ne nous paraît pas admissible.

[5] Ainsi, il est dit dans la *Saga de Níál*, chap. II : « Sidan stodo þeir upp « ok *tókur i hendr* ok fastnadi Mordr Runi dóttur sina. » — *L. W.*, I, S. M., 2 : « Þaghar firi fæst ær skilt ok *handum saman takit*, etc. »

[6] La *Grágás*, Festa-Þ., 7 (I, p. 316-17), donne une description exacte de la manière dont on procédait à cet égard. Elle donne même les formules que l'on devait employer. — Sur l'importance des témoins pour preuve future, voir plusieurs exemples dans les lois norwégiennes (*A. L. G.*, 124 (I, p. 53-54); *A. L. V. N.*, 132 (I, p. 327); *N. L. L.*, S. H. (V), 1 (II, p. 74).

[7] D'après les dispositions de nos anciennes Coutumes, un certain nombre de *fastar* ou témoins devaient être présents à la convention. *L. O.*, S. M., 5, 1; — *L. U.*, S. H., I, 1; — *L. H.*, S. H., 1, 1; — *L. W. d.*, II, S. H., 1; — *N. L. V. N.*, S. M., 2; — *N. L. V.*, S. M., 2. Cf. *Loi de la ville de Wisby*, IV, 1, 6. — Les formalités étaient donc celles usitées dans les *achats d'immeubles*. — Cf. Schlyter : *Jurid. Afhandl.*, I, p. 146.

[8] C'est ce que prouvent la *Saga de Níál*, chap. X (p. 17), et celle d'*Egil*,

Loi de Westrogothie attache une certaine importance à ce consentement, permettant la dissolution de tout mariage auquel la femme aurait été forcée [1]. Les conditions stipulées lors des fiançailles se nommaient, dans les plus anciens temps, *festamáldage*[2], ou *festakaupmále*[3].

La partie la plus importante de la convention était, outre la fixation du régime des biens conjugaux, auxquels nous reviendrons plus tard, le *don* (*mundr*)[4] *que le prétendant devait faire pour l'obtention de la fiancée*. Le prétendant se présentait à cette convention comme un acheteur offrant une certaine somme d'argent ou de biens, et le *sponsor*, comme un vendeur, stipulant la tradition de la fiancée et la dot qui devait la suivre. La convention entière prenant de la sorte l'aspect d'un contrat de vente, on trouve, non-seulement dans les *Sagas*, mais encore dans la *Grágás* et dans les plus anciennes Coutumes de la Norwége, des

chap. VII (p. 24). Cf. en outre, Thorlacius, *Boreal. vet. matrim.*, p. 22-23; — Schlegel, *Commentatio hist. et crit.*, p. CXVIII. — Finsen, *l. c.*, p. 207 et suiv.

[1] *L. W.*, II, Section Ecclésiastique, 52. — *L. U.*, S. H., 1, 4, dit que la femme pouvait s'opposer à des fiançailles conclues sans son consentement. — *L. W. d.*, II, S. H., 1, 4. — Cf. *L. H.*, S. H., 1, 4.

[2] *Saga de Niál*, chap. 11 (p. 4). — *Grágás*, Festa-Þ., 6 (I, p. 312). — *N. L. L.*, S. H. (V), 1 (II, p. 74), etc. — *Máldagi* = *conditio, stipulatio, conventio*; voir *Glossaire* de la *Grágás*.

[3] Cf. Thorlacius, I, p. 37.

[4] *Grágás*, Arfa-Þ., 3 (I, p. 175), Festa-Þ., 50 (I, p. 370), etc. — *A. L. G. g.*, 25, 27 (I, p. 16), 51 (p. 27), 58 (p. 31), 64 (p. 33), 103, 104 (p. 48), 124 (p. 54). — *L. F.*, III, 13 (I, p. 152); XI, 14 (p. 232). — *A. L. V. N.*, 68 (I, p. 317), 132 (p. 327). — *A. L. B., Dr. eccl.*, 10 (I, p. 356). — *Droit ecclés. Sv.*, 64 (I, p. 427), 67 (p. 428). — *N. L. B., Dr. ecclés.*, 26 (II, p. 305). — *Járnsida*, S. M., 5 (p. 64). — *L. W.*, II, S. M., 1. — On trouve de même dans le *Grágás* la dénomination *kvánarmundr*, Festa-Þ., 2 (I, p. 172-74), etc. — Le *Mundr*, *kvanarmundr*, *konarmundr*, est rendu dans le *Glossaire* du *Grágás* par « *munus sponsalitium*, arrha qua sponsus uxorem sibi « quasi emeret; » Cf. *Glossaire* de la *Saga de Niál*; Sveinbjörnsson, Remarques sur la *Jarnsida* (p. 58) : « *Mundr* simpliciter positum ambiguæ est « significationis, nec magis *donum matutinum*, quod sæpissime dicitur « *gjof*, quam *largitionem sponsalitiam* et *antipherna*, quibus uxor quasi « emitur, denotat. » — Il admet de même que le *mundr* de la *Járnsida*, S. M., 5, a la signification de *dos propria* sic dicta = *heimanfylgia*; mais cela nous paraît peu probable.

expressions telles que *kaup*[1] (achat), *kaupa kono mundi*[2] (acheter la femme par don (*mundr*), *kono mundi keypt*[3] (femme achetée par don).

Mais nous doutons que l'on puisse conclure de ce fait que, d'après les coutumes du Nord conservées jusqu'à nous, les fiançailles constituaient un *achat* effectif de la personne de la femme, et le don (*mundr*), un véritable *prix d'achat*[4]. Il nous paraît incompatible avec le profond respect témoigné, suivant les sources historiques du Nord, à la femme libre, d'admettre que la femme honorée du titre d'*apalkona* (femme légitimement mariée) ou de *husfru* (*matrona*), fût achetée comme un meuble précieux ou comme une esclave de haute valeur. Il est, en outre, contraire, selon nous, à l'idée de l'honneur même de la famille, d'admettre que, par une vente avilissante, le *sponsor* pût remettre au prétendant, comme une simple marchandise, un membre de la famille placé sous sa tutelle et sous la protection de la famille entière. Sans doute, si c'eût été le cas, le titre d'*arfboran* (enfant né légitime et capable d'hériter) ou d'*apalkonu barn* (enfant d'une femme légitimement mariée) n'aurait pas été une dénomination honorifique ; posséder une mère *achetée* à de telles conditions, ne pouvait conférer à l'enfant rien de distingué ni d'honorable. S'il est dit aussi de l'homme « qu'il *achetait* sa femme, » on ne trouve pas une seule expression indiquant que le *sponsor* vendît la femme libre[5]. En outre, il ne faut pas oublier que, dans l'ancienne

[1] *Saga de Niál*, chap. IX (p. 17) : « Sidan tala þeir um *kaupit*. » — *Saga d'Egil*, chap. VII (p. 42) : « Bjórgólfr *keypti* hana med eyri gulls. »

[2] *A. L. G: g.*, 25, 27 (I, p. 16) : « En ef maðr *kaupir kono mundi* oc mal- « daga, etc.; » 51 (p. 27), 115 (p. 51). — *Droit eccl. Sv.*, 64 (I, p. 427). — *N. L. L.*, S. S., (V), 13 (II, p. 86). « Þui at engi skal ser *kono kaupa* med « annars fe. » — *N. L. V. N.*, S. S. (V), 6 (II, p. 230).

[3] *Grágás*, Arfa-Þ., 3 (I, p. 175) : « Sa maþr er eigi arfgengr, er *maþir* « *hans er eigi mundi keypt*, etc. » — *A. L. G: g.*, 25 (I, p. 16) : « Várr scal « huerr eina kono eiga. Þa er hann hever *mundi keypt* oc maldaga. » 58 (p. 31), 103 (p. 48), 124 (p. 54) : « Vér varum þar er *moder hans var* « *mundi keypt*, etc. — *L. F.*, III, 13 (p. 152) ; — *A. L. V. N.*, (Bj. Ret), 68 (p. 137), 132 (p. 327). — *Dr. eccles. Sv.*, 67 (p. 428).

[4] La *Saga de Niál*, chap. II, montre que le *mundr* consistait aussi en immeubles.

[5] Voir *Laxdœla Saga*, chap. XII (p. 28), et *L. O.*, Vins. B, 1, comment on achetait la femme serve.

langue du Nord, le mot *kaup*[1] désigne non-seulement le plus important de tous les contrats, l'*achat*, mais aussi, en général, un contrat quelconque. La *Nyere Bylov* (nouvelle loi des villes) de Norwége, *Section des successions*, V, 4, emploie encore le terme *kaup* pour la convention des époux sur le régime des biens conjugaux[2], quoique celui de *gipta* (contracter mariage) soit ordinairement employé dans les Lois de *Magnus Lagabäter*[3]. Si donc l'antiquité la plus reculée fournit des exemples de pères abusant, jusqu'à vendre leurs filles, de la puissance absolue qu'ils avaient alors, nous ne pouvons cependant admettre que la convention des fiançailles ait été, suivant les lois des peuples du Nord, un *achat* dont la fiancée était l'objet, et le *mundr*, le prix[4].

Cette convention étant d'une importance toute particulière, la coutume exigeait qu'elle fût, autant que toute autre transaction importante, accompagnée de certaines formalités extérieures destinées à protéger les droits des parties contractantes[5].

[1] Voir Ihre, *Glossarium Sveo-Goth.*, au mot *Köpa* (acheter). Le *Glossaire* de la *Grágás* rend le mot *kaup* par « *contractus* (in genere), emtio, ven« ditio (in sp.). »

[2] La *N. L.*, S. H. (V), 4 (II, p. 77), contient, dans le texte parallèle à celui cité ci-dessus, le mot *gipting*, au lieu de *kaup*. — Cf. l'*A. L. V. N.*, 124 (I, p. 326) : « Engi maðr má *aflaga kaupi kaupa* um kvenna-giptir « allar, hvárki karl ne kona, en þó at *kaupi*. þá skal eigi halðast. » Cf. *N. L. V. N.*, VII, 17 (II, p. 261).

[3] On retrouve même encore dans la loi norwégienne (*Norske Lov*) de Christian IV (1604), S. M., 6, 13, l'expression « *at kiöbe sig Qvinde*, » sans qu'il soit le moins du monde question d'un achat proprement dit.

[4] L'acception du mot *mundr* comme *prix d'achat* a été admise par Thorlacius, *l. c.*, p. 187 ; — Engelstoft, *l. c.*, p. 146-49 ; — Schlegel, *Astræa*, II, p. 207-9, et *Comm. hist. et crit.*, p. CXVII-XVIII, où le *mundr* est déclaré correspondre au *morgengab* ; — Kolderup-Rosenvinge, *Danske Retshistorie*, I, p. 157 ; — Finsen, *l. c.*, p. 227-29. L'observation de ce dernier, dans son intéressant mémoire, p. 204 : « For *Penge* tilhandler den giftefærdige Mand « sig en *kone, som om det var en fornuftlos Ting*, » nous paraît peu vraisemblable. Il combat, au reste, l'opinion de Schlegel, que le *mundr* était un *morgengab*, et celle de Sveinbjörnsson, que c'était une *arrha sponsalitia*.

[5] Cf. H. Järta, *Försok att framställa lagfarenhetens utbildning ifrån Konung Gustaf I:s anträde till Regeringen intill slutet af* 17 : *de århundradet* (voir *Vitterh. Hist. O. Ant. Acad:s Handl.*, XIV, p. 224-28). Nous croyons devoir, à tous égards, approuver ce qui suit : « Då alla öfverenskommelser,

L'homme s'engageait à cette fin à payer une certaine somme en argent ou en biens. Cette somme, *mundr*, désignait le sérieux de sa demande ; elle était un gage que cette demande ne serait pas retirée légèrement, et de manière qu'il en rejaillît de l'affront sur la famille. Elle devait sans doute, à une époque où l'on attachait une telle importance aux liaisons avec des familles de haute considération, constituer pour la famille un témoignage de la reconnaissance du fiancé, pour avoir été admis à une liaison si intime avec cette famille. Il est probable que, dans le principe, ce don d'amitié et de respect devenait, en tout ou en partie, la propriété du *sponsor* et de la famille[1] ; mais il est à supposer qu'il comprenait souvent des présents à la fiancée elle-même, tels que des ornements et des objets précieux, des serfs, des serves, etc. Les Sagas islandaises fournissent du moins de bonnes raisons pour cette supposition[2]. Le don (*mundr*) tout entier fut, sans aucun doute, peu à peu considéré comme la propriété exclusive de la fiancée. La *Grágás* et les *Lois norwégiennes* paraissent montrer qu'il l'était à l'époque où ces lois furent mises par écrit[3]. Et comme ces anciennes lois statuent déjà que le *mundr* devient la propriété de la femme, dès que le mariage a été consommé par la cohabitation[4], il est évident que l'expression *kaupa kono mundi* n'indique pas un achat effectif de la personne de la femme. Si c'eût été le cas, la propriété du prix d'achat n'aurait pas passé à l'objet même de l'achat, mais à l'acheteur.

« som skulle ega rättskraft, borde afslutas med iakttagande af vissa hes-« tämda formaliteter, och genom symboliska handlingar bekräftas..., så « kan jag ej anse de ifrågavarande giftermalsaftalen, ehuru med skänker « och gåfvolöften bekräftade, utgöra ett tillförlitligt bevis *för den nog « allmänt antagna meningen, att i de äldsta tiderna våra förfäder, när de « ej röfvade åt sig hustrur, köpte dem, såsom de köpte trälar och ting.* »

[1] La *L. W.*, II, *Dr.*, 11, s'exprime à cet égard d'une manière très-caractéristique : « Þy taker broþer *vingiæf.* att han skal före moþer æller systur « svaræ. Ok land flyæ æn sva kommer til. »

[2] Cf. Thorlacius, *l. c.*, p. 189 ; Engelstoft, *l. c.*, p. 151.

[3] Pour ce qui concerne la *Grágás*, la *Section de mariage* (Festa-Þattr) de cette loi, 50 (I, p. 370), le montre clairement : « Þar er hiu comba « bæþi i eina sæing, at þa er kono *heimill mundr sin*, etc.; » voir encore : même loi, *Section des achats* (Kaupa-B.), 9 (I, p. 411) ; cf. en outre, *A. L. G. g.*, 51 (I, p. 27), 54 (p. 29).

[4] Voir la note précédente.

On a cherché aussi à faire du *mundr* le dédommagement stipulé pour la puissance (*mund*) que le père avait sur sa fille, et qui passait au mari par le *kaup*[1]; mais alors il est difficile d'expliquer comment le *mundr* pouvait, d'après la *Grágás* et les *Lois norwégiennes*, appartenir à la fiancée seule. Dès que le *mundr* fut peu à peu devenu la propriété exclusive de la fiancée, il constitua une preuve positive de la qualité de *femme légitime*. Ce fut la transition au *Morgengab*, avec lequel le *mundr* devait souvent se confondre totalement. La stipulation du *mundr* étant toutefois obligatoire, et se faisant pour sûreté future avec les mêmes formalités que les contrats d'achat, c'est-à-dire en présence de témoins et avec la poignée de mains sacramentelle, la convention des fiançailles conserva longtemps l'apparence d'une transaction mercantile. De là vient probablement que les expressions *kaupa kono mundi, kona mundi keypt,* continuèrent à être d'usage, sans que l'on donnât au mot *kaupa* (acheter) une autre signification que celle de contracter un mariage.

Le *mundr* constituait donc la condition nécessaire du mariage légal; sans lui, la femme était privée de l'honneur attaché à la qualité d'épouse légitime, et ses enfants destitués tant du droit complet de succession, que des autres droits de famille. On peut suivre les traces de ce fait dans les Sagas les plus anciennes. Il suffira de citer comme exemple la *Saga d'Eigil*, chap. IX. On y raconte que lorsque les fils de *Björgolf* demandèrent à être mis en possession de l'héritage de leur père, on le leur refusa, sous le prétexte qu'ils étaient *fils de concubine;* ils répondirent alors qu'ils pouvaient prouver par témoins que le *mundr* avait été payé par leur mère (at þeir mundi vitni till fá, at módir þierra var *mundi keypt*)[2], et que, par conséquent, ils étaient « enfants légitimes » (*adalbornir*)[3]. La Grágás (*Section de mariage*, 7) déclare que la forme légale des fiançailles (« of þat hve kono er af lögom föstnoþ ») exige de la part du mari la promesse et la constitution du *mundr* (« *tinir mundarmál* »). De même, dans la Section des successions (*Arfa-þattr*), 3, de cette même loi, après la remarque que tous les enfants nés libres (« frials

[1] Nordström : *S. Samhälls författningens Historia*, II, p. 29, note 57, et p. 60.

[2] *Saga d'Egil*, chap. IX.

[3] Cf. *Laxdœla Saga*, chap. XXVI.

bornir ») ne sont pas compétents à hériter de leurs parents, il est dit « qu'aux biens du défunt *ne peut succéder celui dont la mère n'a pas été acquise par* mundr *d'un marc et au-dessus* (« sva maþr er eigi arfgengr, er moþir hans er eigi *mundi keypt*, mörc eþr meira fe »). Un marc était le minimum du *mundr*, sans doute parce que l'on considérait ce montant comme la limite entre la pauvreté[1] et une certaine aisance ; le mariage était en général défendu aux pauvres[2].

Le chapitre VII (I, p. 316-317) du Festa-Þ., lequel statue la manière dont le prétendant doit fixer le *mundr* et le *sponsor* l'*heimanfylgia* (dot), montre ensuite, de manière à ne s'y pouvoir tromper, que le *mundr* non-seulement signifiait *un don pour l'obtention de la fiancée*, mais encore constituait une espèce de contre-prestation de l'*heimanfylgia*.

Le mari ayant, pendant le mariage, le droit d'employer à ses propres besoins les revenus de l'*heimanfylgia*, et ne devant, à la dissolution du mariage, rendre aux héritiers de la femme que le montant de cette dot sans aucun dédommagement pour l'usufruit, on trouvait juste qu'il donnât une compensation à la femme. Toutefois cette compensation devait, pour emporter poursuite légale, être déterminée d'avance par le *mundarmál* (convention du *mundr*), tant à l'égard du montant que de l'espèce. De là cette signification toute transitoire, donnée par la Grágás au *mundr*, de compensation pour l'usufruit de l'*heimanfylgia*, compensation qui porta plus tard, dans les lois norwégiennes, les noms de *gagngiald*, *priðiungsauki* ou *tilgiof*[3]. La preuve de ce fait se trouve, comme l'a démontré M. Finsen[4], dans la circonstance que le *viðgiold*[5] de la Grágás, ou, par périphrase,

[1] Finsen, *l. c.*, p. 227.

[2] *Grágás*, Festa-Þ., 12 (I, p. 323).

[3] Voir plus loin, à cet égard.

[4] *L. c.*, p. 248-52. Il fait, p. 252, l'observation suivante : « *Mundr* « havde saaledes en dobbelt Betydning : ved *mundr* tilforhandlede Manden « sig paa engang baade *Kone og Medgift*. »

[5] Ce mot ne se trouve que dans un seul endroit (*Arfa-Þ.*, 2 (I, p. 174). Sveinbjörnsson explique, dans son Glossaire de la *Grágás*, le *viðgiöld* de la manière suivante : « Solutio contraria, bona quæ sponsus phernis seu « doti sponsæ opposuerat, » = *gagngjald* ; il ajoute qu'il faut se garder de confondre ce terme avec le *mundr*. Cf. ses observations sur la *Járnsíða*, p. 58.

þat er við er goldit (ce qui est payé en compensation), n'est autre chose que le *mundr* de la même loi.

Même l'ancienne Loi de Gulathing, ch. LI, statue que le mariage doit se baser sur une convention de *mundr*. Il y est dit, à l'égard des conditions obligatoires du droit de succession des enfants (« *at barn se arfgengt* »), que, lors des fiançailles, l'homme constituera à sa future un *mundr* d'au moins 12 ôre, savoir : le *mundr* du pauvre (« þa scal madr festa med kono þeirri XII aura *oreigi mund* »). Le *mundr* des chapitres XXV [1], XXVII [2], LI [3], LVIII [4], LXIV [5], CIII [6], CIV [7] et CXXIV [8], est, sans aucun doute, le *giof* des chapitres LI [9], LIV [10], CXV [11] et CXXIV [12], et le *tilgiof* des chapitres CIV [13] et CXV [14]. Une comparaison entre les chapitres que

[1] ..... « Várr scal huerr eina kono eiga. Þa er hann hever *mundi* « *keypt* oc maldaga. En ef hann *kaupir* tvær *konor mundi*, etc. »

[2] « En ef maðr *kaupir kono mundi* oc maldaga a utidum, etc. »

[3] ..... « Vér scolom þat vita huessug vér scolom *konor kaupa með* « *mundi*. Þess at barn se arfgengt. Þa scal maðr *festa med kono* þeirri XII « aura *oreigi* mund. oc hava vid þat vatta. oc have hann brudmenn en « hon brudkonor. oc *give henne giof of morgon*. er þau hava um nott saman « verit slica. sem *hann feste við henne*. »

[4] « Nu ef hann a sunu þa er *moder er mundi keypt*, etc... Oc til allz « rettar *sva sum moder hans væri mundi keypt*. »

[5] ..... « Sa *mundr* scal henne uppi hallda *er hann gaf til hennar*, etc. »

[6] ..... « Ef moder þeirra er *mundi keypt*. »

[7] « Sa heiter *hornongr* er frialsar kono sunr er. Oc *eigi golldenn mundr* « *við*. Oc genget i liose i huilu hennar. »

[8] « Nu scolo þat adrer vattar bera. Vér varom þar er *moder hans var* « *mundi keypt*. Oc nemna hvar þat var. Oc þar varo bæde brudmenn oc « brudkonor. Oc *giof geven su er við henne var fest. Eigi minni en XII* « *aurar oreigi mundr*. »

[9] Voir note 3.

[10] « Nu scal *giof kono* heimil væra er *til hennar var geven*. Hverr sem « Skilnaðr Þeirra verðr. — Þa a hon kost at ganga fra hanom med *giof* oc « gagngialide. »

[11] « Nu er þar umaga eyrir i garde. Oc male kono. Þa er vel ef Þeim « vinnzt badom fe. En ef eigi vinnzt. Þa scal hon Þarnasc gagngiallz och « *giavar*. »

[12] Voir note 8.

[13] ..... « Oc er barn kvigt i kvidi hennar fyrr en hon andetzt... Þa « verðr þat arve *tilgiavar*. »

[14] ..... « Heldr scal kona Þarnasc *tilgiavar* sinnar helldr en Þeir menn « er fyrr atto at hanom en hann fengi hennar. Firi Þui at *engi scal sér* « *kono kaupa við annars fe*. »

nous venons de citer montre clairement, selon nous, que toutes ces différentes dénominations n'indiquent qu'une seule et même chose. Le *mundr*, *giof*[1] ou *tilgiof*, devint, d'après l'ancienne loi de Gulathing, la propriété particulière de la femme[2]. Cette circonstance, jointe à celle que le *giof* est défini, dans le chapitre LI, comme un don devant être, après la cohabitation du mari et de l'épouse, la première nuit des noces, payé au montant stipulé par la convention des fiançailles (*giof* of morgon, er þau hava um nott saman verit slica sem hann festi vid henne), cette circonstance, disons-nous, dénote que le *mundr* commence à passer, dans l'ancienne loi de Gulathing, à la signification de *Morgengabe* pur et simple[3]. Les dénominations de *giof* et de *tilgiof* paraissent appartenir à une époque plus récente, et dater des nombreux amendements subis par cette loi[4] Ce qui est certain, *c'est que le* MUNDR *n'y a pas la signification de prix d'achat proprement dit, mais indique un don immédiat à l'épouse, destiné soit à imprimer un caractère de publicité à la convention matrimoniale, soit à honorer la donataire comme femme légitime, et comme mère future d'enfants légitimes.* Dans la Loi de Frostathing[5] et dans l'ancienne Loi des villes norwégiennes[6] (*Bjarkö-Ret*), on retrouve encore le *mundr* dans son ancienne significa-

[1] Sveinbjörnsson explique, dans son Glossaire de la *Járnsida*, le mot *giöf* par « *donum* in genere, etiam speciatim : *arrha* vel *donum matutinum.* »

[2] Voir notes 10 et 13.

[3] C'est ce qu'admet Finsen, *l. c.*, p. 249, note 3. — Schlegel, *Om Morgengavens Oprindelse* (Astraea, II, p. 213), ne voit dans le *mundr* autre chose qu'un *Morgengabe*. — Paus, *Samling af Gamle Norske Love*, I, p. 66 et 70, traduit fautivement le mot *mundr* par *lifgeding* (douaire). — Thoriacius, *l. c.*, p. 208, pense que le *giof* ne peut être un *Morgengabe*, mais seulement le *gagngjald* ou le *tilgiof* de la Nouvelle Loi des campagnes.

[4] Sous les règnes des rois *saint Olav*, Magnus le Bon, et peut-être aussi *Olav Kyrre*.

[5] III, 13 : « En ef fadur missir vidr... er barn getit. Þa take barn þat « arf fadur sins sem moder vere *myndi keypt*. En i engom stad adrum « kömr madr til arfs nema moder se *myndi keypt*; » — XI, 14 : « Ef cona « legz með manni undir búanda sin... Þá hefir hon fyrirgört *mundi* sinum « oc pridiungsauca. »

[6] Le chapitre LXVIII est la reproduction verbale du chapitre III, 13, de la *Loi de Frostathing* (voir la note précédente). — 132 : « Ef madr skal láta « ser vitni bera til arfs. Þá skal svá bera láta. At móðir hans var *mundi* « *keypt*, etc. »

tion de don nuptial particulier, mais sans doute aussi avec la dénomination de *Morgengabe*. Enfin, il est mentionné dans l'ancienne Loi ecclésiastique de Borgarthing[1], et dans la Loi ecclésiastique du roi *Sverrer*[2]. Il paraît ensuite avoir disparu comme prestation spéciale en faveur de l'épouse, et s'être confondu totalement, soit avec le *Morgengabe*, encore en usage sous le nom de *giof*[3] au temps de *Magnus Lagabäter*, ou aussi avec l'augmentation de dot, ou *tilgiof* de la nouvelle Loi des campagnes[4]. Du moins, autant que nous le sachions, le *mundr* n'apparaît pas dans cette loi, et la nouvelle Loi ecclésiastique de Borgarthing est la dernière des coutumes norwégiennes qui en fasse mention[5].

Les anciennes lois danoises ne font, il est vrai, aucune mention du *mundr;* mais il n'existe aucun doute que, d'après le droit danois, ce don n'ait été considéré comme nécessaire au mariage légitime. La femme, *gulfäst* (fiancée par or) de la Loi de Scanie, n'est autre que la femme légitime[6], mère d'enfants légitimes et habiles à succéder à leurs parents[7].

Les lois provinciales de la Suède exigent, de la même manière que les lois islandaises, norwégiennes et danoises, la constitution, lors de la convention des fiançailles, *d'un don au* sponsor

[1] Chap. X... « III marka i *mundi*. »

[2] Le chapitre LXIV est presque verbalement reproduit de l'*A. L. G: g.*, 25 (voir p. 365, note 1).

[3] La *N. L. C. N.*, S. H. (V), 13, pr. et la *N. L. V. N.*, S. H., 13, pr., sont des reproductions presque verbales de l'*A. L. G: g.* (voir p. 365, note 11).

[4] Schlegel, *Om Morgengavens Oprindelse*, p. 216, admet cette dernière opinion.

[5] Chap. XXVI : ce qu'il y est dit du *mundr* est la reproduction verbale de l'*Ancienne Loi ecclésiastique de Borgarthing* (voir p. h., note 1).

[6] *Loi de Scanie*, III, 17 : « Aflär man börn i lönd with*er the kunu ey är « hanum gift ällär gulfäst, tha är thät ey adulkonä börn* tho at han far « hana sidan mz loghum. än all the börn sidan wardär afläth hon är gift oc « gulfäst, tha ärä the adulkonä börn. » — Cf. *Landske Stadsret*, 28–29, dans la *Samling af gamle danske Love*, de Kolderup-Rosenvinge, V, p. 54 : « Swa skal han oc *gulfeste* sik hösfru... dör hunn. Tha skal boudins rette « arwa nut *feste gul*. »

[7] Cf. Kofod-Ancher, *l. c.*, II, p. 200; — Thorlacius, *l. c.*, p. 188; — Schlegel, *Morgengavens Oprindelse*, II, p. 218; — Engelstoft, *l. c.*, p. 151; — Kolderup-Rosenvinge, *d. Retshistorie*, I, p. 132.

pour la future épouse[1], compris dans les formalités obligatoires du mariage légal. La somme fixée par le prétendant n'apparaît pas, si l'on en excepte la Loi de Vestrogothie, sous le nom de *mundr* dans nos lois provinciales ; mais il est impossible de méconnaître dans ces lois les traces de ce que nos pères entendaient par le mot susdit. La Loi de Vestrogothie mentionne, d'un côté, un don d'amitié (*vingæf*[2]) au *sponsor* de la fiancée, comme gage du sérieux de la demande en mariage, et comme preuve de l'affection du fiancé[4], de l'autre, un *Morgengabe* (*morghongiæf*[5], *hindradagsgiæf*[6]), donné à la épouse même, à titre de témoignage honorifique, après la première cohabitation. Ces dons, stipulés dans la convention des fiançailles, se délivraient le soir des noces (*giptær qvælder*) ; mais le droit de propriété n'en paraît avoir été transmis au *sponsor* et à la femme que du moment et par le fait même de la consommation du mariage — par la première cohabitation[7].

L'expression, que la femme a été épousée par *mundr* (*mæþ mund*), c'est-à-dire après que le *mundr* a été promis et payé, ou, comme il est dit encore, *mundigipt*[8], paraît indiquer, dans la Loi

[1] *A. L. V.*, S. M. 1, pr.; *N. L. V.*, S. M., 2 : « Bondæ sun vil ser kono « biþiæ... *skal til fæiær sæghiæ* næmpnæ iorþ æn til ær. Næmpnæ man. « Næmpnæ quicfæ *þet er giuæ uil*, etc. » S. M., 1 : « Þa skal konnoger... « *mund* giua. »

[2] *A. L. V.*, S. M., 2 : « Prear markæ skal lagha vingœf uaræ. Þager firi « fæst ær skilt ok handum saman takit. Þa ær tilgævær allær intær *æn* « *vingævær* eigh fyr æn þer komæ bæþi a en bulstær ok undir ena bleo. » Cf. *N. L. V.*, S. M., 2, 3.

[3] *N. L. V.*, S. M., 2 : « Ær eig son, faþer æller broþer. *Þa taki arwi win-* « *giæf*. » Cf. *N. L. V.*, S. de l'homicide, 11, addit. 56.

[4] Si quelqu'un, après avoir abusé d'une femme fille (*löska kona*), se fiançait ensuite avec elle et lui promettait un *don d'amitié* (*mælir vingiæf*), l'affront fait à la femme et sa famille était censé réparé ; cf. *N. L. V.*, S. M., 9.

[5] *N. L. V.*, S. M., 2 : « Alt Þet sum gips at *hindrædax* a fæstnæ þa « stempnu ok lysis a giptær qvelde. Þet ær alt fult fang jorþær... ok eig « annath *fyr æn þer koma baþin a en bulster æller a enæ ble*. Skiliæs þe at « siþan firi nokræ fallæ sakir. *Haui hon morghinn giœf sinæ*. »

[6] *A. L. V.*, S. S., 5, 25 ; S. M., 4, pr., 1, 2, etc. ; *N. L. V.*, S. S., 7, 35 ; S. M., 3, 16.

[7] Voir note 5.

[8] *A. L. V.*, S. S., 7 : « En bonde giptir dotur sinæ *mæþ mund* ok mæþ « mælæ (cf. *N. L. V.*, S. S., 10) ; — 8 : Gangær mæþr fran kono sinni

de Westrogothie, qu'elle est légalement mariée (« *at hun var sva gyft sum lægh sighiæ* »)[1]. Nous avons déjà vu que, dans la Grágás et les Lois norwégiennes, l'expression *kona mundi keypt* indique la femme légitime[2]. La preuve que la Loi de Vestrogothie voyait

« *mungiptri* (*N. L. V.*, S. S., 11 : *laghgiptri*) i siang annarrar kono aflar « barn þat ér *horbarn*. Takær eig. At lægmæli fæþærni sit, etc. — Lægz « maþer vil þ kono giætær vid barn... far han hana sipæn mæþ *mund* ok « mæd mæli. Gæter ok barn. *Þæt ær apalkonobarn.* »

[1] *A. L. V.*, S. S., 7. — La femme légitime est nommée *mundgipt* dans cette loi, et *laghgipt* dans l'endroit correspondant de la nouvelle loi ; voir note précédente.

[2] Le Glossaire de la *L. V.* rend, à la formule « Gifta dottur sina, fa « konu *mæd mund*, » le mot *munder* par *hemföljd* (dot). Quoique l'on ne puisse nier que le *mundr* n'ait aussi la signification de *dot* (suéd. *hemföljd*, isl. *heimanmundr*, *meyarmundr*), nous ne pouvons toutefois admettre que le *mundr* de la *L. V.* soit une dot constituée à la femme par ses parents. Voici pourquoi : si même la dot a été d'un usage général dans le Nord, on ne voit nulle part qu'elle ait été considérée comme une condition tout aussi essentielle du mariage légal que le don mentionné ci-dessus du fiancé à la fiancée. La *L. V.* ne diffère pas, à cet égard, des autres lois scandinaves. Aussi, lorsque la formule *mariée par mundr* (*mundigipt*) est appliquée à la femme mariée légalement (*laghgipt*), cette formule ne veut pas exprimer que le caractère d'une union légale est le fait d'une dot quelconque qui a suivi la femme de la maison paternelle. Les premiers chapitres (*flockar*) de la Section des mariages énumèrent les formes légales que l'on doit observer dans les fiançailles ; ils parlent de la stipulation d'un don d'amitié (*vingæf*), de la promesse d'un *Morgengabe* (*morganghiæf*), mais ne font pas la moindre mention d'une dot.

Nordström, *l. c.*, II, p. 29, pense que les termes « gipt meþ *mund*, » « *mundigipt*, » signifient « que la femme a été placée, par la formule du mariage, sous le *mund*, c'est-à-dire la puissance, la tutelle du mari. » Cette interprétation ne nous paraît pas admissible. Il est vrai que le mot *mund* (non *mundr*) a, dans la langue islandaise, le sens de *manus*, *potestas*. Mais ni les autres lois coutumières suédoises, ni les lois islandaises, ni les vieilles lois norwégiennes, n'emploient le mot *mund* pour désigner la puissance ou la tutelle du mari sur sa femme. Ces lois disent la femme « être *i varþnad bonda sins* » (sous la garde de son mari) et non « sous « son *mund*. » Il n'est donc guère probable que la Loi de Vestrogothie ait donné à ce mot une signification qu'il n'a pas dans toutes les autres lois du Nord. L'on remarquera, en outre, à l'égard des termes suédois actuels *myndighet*, *förmynderskap*, qu'on les peut faire descendre du *mundium* et des termes allemands analogues du moyen âge, tout aussi bien que du *mund* (*manus*, *potestas*) des Islandais.

Ainsi lorsque, chez les anciens Scandinaves, le *mundr* était l'une des conditions obligatoires du mariage légal ; lorsque non-seulement la *Grágás*,

aussi dans ce don l'une des conditions obligatoires du mariage légal, découle du fait que cette loi déclare, en conformité avec la Grágás et les lois norwégiennes, les enfants de l'union dans laquelle la femme a été épousée par *mundr* (*mundigipt*) comme légitimes (*aþalkono-barn*) et habiles à hériter (*ok þy æghu barn ærf at lægmæli*).

Les lois d'Ostrogothie et d'Upland, ainsi que la nouvelle Loi de Vestmanland, mentionnent aussi l'usage de dons faits par le prétendant au *sponsor* pour la ratification de la convention des fiançailles[1]. Ces dons portent les noms de *fæstnada fæ, fæstninga fæ* (argent des fiançailles)[2] dans les lois susdites, qui, toutefois, ne leur accordent qu'une importance secondaire.

Enfin, l'on doit encore ajouter, aux conditions extérieures du mariage légal dans les temps les plus reculés, la tradition solennelle de la fiancée au fiancé[3]. L'acte nuptial est nommé dans la Grágás tantôt *brudlaup*, tantôt *brudkaup*[4], et la manière dont la célébration en devait avoir lieu pour lui conférer force de loi, est décrite dans l'*Arfa-Þattr* (Section des successions), 3. Le *sponsor*, assisté de six témoins (nombre minimum), remettait la fiancée à l'époux ; ensuite ces deux derniers allaient se coucher

mais encore toutes les lois norwégiennes désignent, par l'expression de *kona mundi keypt*, la femme mariée en noces légitimes, les formules « kona « gipt meþ *mund* » ou « *mundigipt*, » designent de même, selon nous, une femme mariée par constitution et payement du *mundr*, ou, en d'autres termes, *une femme légitime*. Le *mæli* de la formule *gipta meþ mund ok mæli*, nous paraît être le *mali* des Islandais, i. e. *bona uxori constituta* (*per pactum nuptiale*) ; Cf. cependant le Glossaire.

[1] La *L. O.* mentionne le *vingœf* dans : *Vap.*, 14, 1 ; S. M., 10, 2 ; 26 ; 27. On retrouve encore le *vingœf* dans l'*A. L. V: d.*, S. M., 11, 4.

[2] *L. U.*, S. S., pr. 1, 3. — *N. L. V: d.*, S. S., 1: 1, 3. — Mais les lois de *Sudermanie* et de *Helsingland* ne font aucune mention d'un don au *sponsor*.

[3] Voir, quant à la *Grágás*, Finsen, *l. c.*, p. 236 et suiv.

[4] H. Järta, *l. c.*, p. 256, note 67 : « Märkligt är att uti Grágás, Fästa- « Þatter, cap. XII, gifves benämningen af brudkaup åt giftermålshandlingen « emellan utfattiga personer, dem äktenskap var förbudet ; hvaremot den « emellan personer af nödig förmögenhet eller af rikedom kallas i det « följande kapitlet *brullaup*. » Nous n'avons pu trouver des preuves entièrement convaincantes d'une différence de cette portée entre *bruþkaup* et *brullaup*. Le chapitre suivant (XIII) de la *Grágás* emploie déjà indifféremment ces deux mots. Pour l'étymologie de *brullaup*, voir Grimm, *l. c.*, p. 434, et Finsen, *l. c.*, p. 237, note.

dans un même lit en présence de tous les assistants (*iljósi*, à la lumière, publiquement)[1]. Il était ordinaire que les parents des conjoints fussent à la même occasion rassemblés en un grand banquet. La publicité étant, pour servir de preuve future, de rigueur dans toutes les transactions importantes, elle se retrouve dans toutes les formalités en usage dans la célébration du mariage. Les anciennes lois norwégiennes sont d'accord avec la Grágás dans la disposition que les témoins (*brudmen* et *brukonor* de l'ancienne Loi de Gulathing[2], *giftar vithni* de l'Anc. Dr. Ecclés. de Borgarthing[3], *brullaups vitni*, *olldrhus vitni* de la nouvelle Loi des campagnes, S. S., V, 4[4]), fussent présents à la tradition de la fiancée et à l'entrée publique des conjoints dans le lit nuptial[5]. L'ancienne Loi des villes (Bjarkö-Ret), 132, paraît exiger de même un minimum de six témoins, savoir : deux *brudmen*, deux *brudkonor*, le *gridmadr* et la *gridkona*.

Certaines formalités avaient également lieu en Suède[6], lorsque l'on allait chercher la fiancée dans la demeure paternelle pour la conduire au domicile conjugal, où les noces se célébraient ordinairement[7]; d'autres formalités accompagnaient la tradition de la fiancée par le *sponsor*, lequel énumérait dans un discours solennel (*giptarmál*[8]) les droits réciproques des époux dans les biens conjugaux; mais ces droits ne paraissent être entrés en vigueur qu'après la première cohabitation.

[1] *Grágás*, l. c.

[2] Voir chap., LI et CXXIV.

[3] Voir chap. X.

[4] Voir S. S. (V), 4. — Cf. *N. D. E. de Borgarthing*, 25, 26.

[5] Cf. *A. L. G: g.*, 104. — Statut de l'archevêque Jon, de l'an 1280 (*Norges gamle love*, III, p. 231).

[6] Voir *A. L. V.*, S. M., 9, 1; — *N. L. V.*, S. M., 16; — *L. O.*, S. M., 9; — *L. U.*, S. S., 1; — *L. S: d:*, S. M., 2, 3; — *A. L. V: d.*, S. M., 1; — *N. L. V: d.*, S. S., 2; — *L. H.*, S. S., 2; — *L. G: d.*, 24; Cf. *L. V. Visby*, IV, 1, 8-17.

[7] Le fiancé était tenu d'inviter aux noces ses parents jusqu'au troisième degré; on trouve dans la *L. O.*, S. M., 8; 1, 2, la description des cérémonies usitées lorsqu'un cortége spécial (*brudskara*, troupe de la fiancée) allait chercher la fiancée.

[8] Voici, d'après la *L. U.*, S. S., 3, la formule de ce discours : « Til « hepær ok til husfru ok til sæng halfræ. Til lasæ. Ok nyklæ. Ok til laghæ « þriþiunx i allu han a j. lösörum. Ok han afllæ fa. Utæn gull ok hemæ « hion. Ok til allæn þæn ræt. Ær upiænsk lagh æru. Ok hio hælghi erik-

Les fiançailles (*fästning*) et la tradition solennelle de l'épouse (*gift*) sont, en règle générale, dans nos anciennes coutumes provinciales ainsi que dans les lois plus récentes des villes (stadslagar) et des campagnes (landslagar), les deux conditions essentielles du mariage légal. La bénédiction nuptiale (*vigsel*) ne remplaça que très-tard le *giptarmál* ou discours solennel du *sponsor*; cette bénédiction exigée comme sanction du mariage légal, ne date que de la Loi ecclésiastique (*kyrko ordning*) de 1571[1].

Nous avons eu déjà l'occasion de remarquer que, quoique la communauté des biens entre époux caractérise en général les lois d'origine *germanique*, elle ne paraît toutefois pas avoir appartenu aux plus anciennes coutumes légales des peuples germains. Si cette remarque est juste par rapport aux Germains méridionaux, elle ne peut être moins vraie à l'égard de ceux du Nord. Les Sagas islandaises nous ont laissé, sur la vie domestique des anciens Scandinaves, des descriptions dont la concordance contribue à les rendre dignes de foi. Ces descriptions montrent *le régime des biens entre les époux basé sur la convention (kaupmali) passée, lors des fiançailles, entre le sponsor de la femme et le prétendant*. On a vu plus haut que les objets ordinaires de cette convention étaient : 1° *Une dot (heimanferd, heimanfylgia)*[2] *constituée par le sponsor de l'épouse*, et accompagnant cette dernière au domicile conjugal[3]; 2° du côté du fiancé, *l'obligation de payer tant le mundr qu'une somme de son propre avoir, dans une certaine proportion avec la valeur de la dot*[4]. L'homme avait à la règle, pendant le mariage, l'administration de tous les biens conjugaux; mais à sa dissolution, la dot retournait à la femme ou à

« ær konungær gaff. j. nampn faþurs. Ok sons. Ok þæs hælghæ andæ. » — *N. L. V.* d., S. S., 3; — *L. H.*, S. S., 3; — *L. C. C.*, S. M., 5; — *L. V.*, S. M., 5. — Une formule semblable se trouve dans la Loi civile des villes, du roi Hans (*Kon. Hans's alm. Stadsret*), chap. III (Kolderup-Rosenvinge, *Saml af gamle Danske Love*, V, p 532).

[1] Cf. Schlyter : *Jurid. Afhandl.*, I, p. 152–59.

[2] Pour l'*heimanfylgia*, voir plus haut.

[3] Schlegel, *Commentatio hist. et crit.*, p. CLVIII, note : « *Dos* quidem « non necessario requirebatur, sed nihilominus tantum non semper pro« mittebatur. »

[4] Voir dans la *Saga de Niál*, chap. II, où il est décrit comment Hauskuldr demanda, au nom de son frère Rutr, Unnar, fille de Mordr Gygia, en mariage, et la manière dont se fit la stipulation de prestations réciproques.

sa famille, s'il n'y avait pas eu d'enfants. Ce régime excluait donc toute propriété commune entre les époux. Les Sagas montrent cependant que, *déjà de bonne heure, il fut d'usage de stipuler, par la convention des fiançailles* (*festa-kaupmale*), *que les époux mettraient leurs biens en commun*. Cela se nommait *leggia felag*. Cette dernière convention paraît avoir ordinairement eu lieu lorsque la richesse et les chances d'héritage étaient à peu près égales des deux côtés, ou que l'on pouvait présumer que les époux auraient des descendants. Si la communauté était stipulée à parts égales entre les époux ou leurs héritiers respectifs, elle prenait le nom de *helmingar felag*[1]. Mais elle pouvait aussi se stipuler avec la condition qu'à la dissolution du mariage, la veuve recevrait *un tiers*, et les héritiers du mari les *deux tiers* restants des biens communs. Cette espèce de communauté des biens paraît même être plus ancienne que l'*helmingar felag*. Ainsi l'on vit longtemps exister simultanément des conventions avec ou sans communauté des biens entre époux.

Nous allons maintenant chercher à montrer comment la communauté des biens, après avoir longtemps été d'une nature purement conventionnelle, fut peu à peu considérée comme uniquement fondée sur les dispositions de la loi.

CHAPITRE II.

COMMUNAUTÉ DES BIENS D'APRÈS LES ANCIENNES LOIS ISLANDAISES.

Les dispositions de la *Grágás* sur le régime des biens conjugaux, montrent que la communauté des biens n'était nullement considérée par elle comme la base de ce régime. Le *Festa-Þatter* (Section des mariages), 22, indique au contraire clairement que cette communauté dépendait, soit de la libre volonté des époux, soit du concours de certaines circonstances. Le mariage se concluait, d'après la Grágás, *avec* ou *sans communauté des biens*. Dans le premier cas, il se fondait sur une convention fixant l'étendue et la nature de la communauté. Mais il

[1] *Saga de Niál*, l. c., chap. II et XIII : « Sidan voro vird fe Hallgerdar, « ok skylldi Glúmr leggia i móti iafnmikit. Ok skylldi vera *helmingar felag* « med þeim; » Cf. *Laxdœla Saga*, chap. XXXIV.

pouvait, dans les deux cas, naître, sous l'influence de circonstances spéciales, une communauté prévue par la loi, qui en avait déterminé les limites.

Dans les mariages *sans communauté des biens*, étaient regardés comme propres de la femme :

1° Sa dot (*heimanfylgia*);

2° Le *mundr*, qu'elle tenait de son mari en toute propriété[1]; et

3° Ce qu'elle pouvait acquérir à titre de succession, donation, etc.

Le mari paraît avoir eu, pendant le mariage, l'usufruit de la dot[2]; mais à la dissolution du mariage, la dot ou sa valeur retournait à la femme, à ses enfants ou à ses héritiers, ou encore, mais sans dédommagement pour l'usufruit, au donateur, si cette condition avait été stipulée lors de la convention des fiançailles[3]. Quant au *mundr* de la femme, lequel semble, comme nous l'avons dit plus haut, avoir constitué dans certains cas une contre-prestation pour l'usufruit de la dot, l'homme en avait, sans aucun doute, l'administration, quoique avec l'obligation d'en payer les revenus à la femme[4]. Mais, à la dissolution du mariage par décès ou par divorce, le *mundr* échéait en toute propriété à elle ou à ses héritiers[5]. Il paraît aussi que l'homme était tenu par la loi de payer à la femme la rente de son patrimoine et d'autres biens propres; c'était de ce revenu que la femme devait payer les frais de son entretien, ainsi que tous autres considérés comme à elle propres[6].

[1] Le Festa-Þ., 50, montre que la femme jouissait du *mundr* en pleine propriété : « Þar er hiu coma bæþi i eina sæing, at þa er kono heimill « *mundr sinn*, etc.» — Cf. chap. LI, où il lui est permis de faire saisir chez son mari le bien qui lui avait été promis à la convention des fiançailles. « Sem handsalat var i mund-malum. »

[2] Cf. Finsen, *l. c.*, p. 268.

[3] *Grágás*, Arfa-Þ., 2 : « Moþir a at taka af fe slict eptir dottir sina barn- « lausa, *sem hon haf̃i hana heiman görva*, oc sva mundinn avaxtalausan... « Nu hvergi maþr er gefr til *heimanfylgionnar, þa scal sa taca giöf þa « eptir hana barnlausa* och sva vipgiöldin, ef hau lysir at festamalum epr « at eigin-orþi. » Cf. *Arfa-Þ.*, 5; — *Festa-Þ.*, 17; — Kaupa-B., 9.

[4] *Grágás*, Festa-Þ., 50 : ... « Þa er kono heimill mundr sinn oc sva « *vextir af fe þvi öllo, er henni er mælt i mundarmalom.* »

[5] *Grágás*, Festa-Þ., 17 : « Ef karlmaþr veldr scilnaþinom, þa a hon « heimting til *mundar sins* oc heimanfylgio, etc.; » cf. Arfa-Þ., 2.

[6] *Grágás*, Festa-Þ., 23. Cf. Finsen, p. 253-257.

En opposition au mariage avec *mundr* et *heimanfylgia*, se trouvait l'union avec *communauté des biens* (*felag*). La communauté se fondait soit sur une convention, soit sur les dispositions de la loi; dans le premier cas, la convention pouvait se faire lors des fiançailles ou après la consommation du mariage [1]. Les époux avaient le droit de contracter une convention de ce genre (*at göra felag, at leggia fè sit saman*) dès qu'ils possédaient une fortune à peu près égale (*ef með þeim er jafnmæli*); la convention avait force de loi, tant pour eux que pour leurs héritiers, aussi longtemps que vivaient les témoins des fiançailles, ou que les époux n'avaient pas de leur propre volonté modifié ou annulé ladite convention [2]. Cette communauté pouvait ou comprendre tous les biens des époux, et par conséquent les immeubles hérités (car la *Grágás*, différant en cela des autres lois scandinaves, ne fait pas de distinction entre les biens-fonds hérités et les acquêts) [3], ou seulement les biens meubles et surtout les instruments et les outils agricoles (*at eiga í bui*) [4]. Mais si, après le mariage, l'un des époux succédait à un héritage quelconque, il dépendait de lui, sans égard aux conditions de la convention, de s'en réserver les revenus, ou de le faire entrer dans les biens de la communauté. Dans ce dernier cas, à la dissolution de la communauté, les biens hérités retournaient à l'époux avant qu'il fût permis de procéder au partage [5]. La communauté revêtait trois formes différentes : elle était soit *en proportion des biens des conjoints* [6] (sem þau eiga fè til), soit *à lots*

[1] *Grágás*, Þesta-Þ., 22-23.

[2] La disposition principale de la *Grágás*, à l'égard de la communauté, se trouve dans le Festa-Þ., 22 : « Of hiona felag. Hiu II *eigo at göra felag* « *sitt, ef þau vilia, ef með þeim er jafn mæli*, oc sva við erfingia þeirra. « Festamal eigo et *halda með hium, meþan festavatter lifa* oc *eigi ero* « *onnor mal a-gör.* » — Cf. Festa-Þ., 17.

[3] Cf. Finsen, l. c., p. 155.

[4] *Grágás*, Festa-Þ., 21 : « Eigi er kono scylt at *eiga í bui* nema hon vili. « En ef hon a í bui með bonum, etc... » Chap. XXIII.

[5] *Grágás*, Festa-Þ., 17 : « Er erfþir hafa comit under þau, meþan sam- « för þeirra var, oc a þat þeirra *jammarga aura at taca af feno at af-nami* « *sem erfþin tömþiz, en bæþi scolo þau vaxta hafa neyt, nema annan veg* « *hafi mælt verit í felags-gerþ þeirra.* Þat þeirra er erfþ tömþiz a cost *at* « *lata erfþafe, eigi coma í felag þeirra ok taka sialfi voxto af.* »

[6] C'est ce que prouvent plusieurs passages de la *Grágás* : Festa-Þ., 17 : « Slican costnaþ scal huart þeirra hafva fyrir omögom sinom *sem fe á*

égaux, soit encore *aux deux tiers*[1] *pour le mari et au tiers pour la femme*[2]. Les dettes et les autres obligations communes des époux suivaient naturellement les mêmes proportions[3].

La communauté des biens, déterminée par la loi, avait lieu :

1° Quand les témoins à la convention des fiançailles étaient morts ou ne se rappelaient plus les conditions stipulées ; il fallait toutefois que les conjoints eussent vécu (*habité, buit*) trois ans ensemble, et que l'homme eût possédé à son entrée en mariage, et déduction faite du *mundr*, une fortune d'au moins un marc[4] ;

2° Quand les époux, manquant de fortune à leur entrée en mariage, en avaient acquis par la suite (*ef þau œxla fe ór ðreigd*[5]) ; ou aussi

3° Quand *l'un* des conjoints avait seul des biens propres, mais que l'autre avait amélioré la situation commune par une bonne économie[6].

Dans ce régime de communauté, la loi reconnaissait à

« *til* oc sva um heimangerþir dötra sinna. » — Kaupa-B., chap. IX : Nu hafþo « þau fe sitt sammanlagt, þa scal hon gegna sculdom öllum *at þeim luta* « *sem hon atti i fe víþ hann.* » Cf. Finsen, *l. c.*, p. 244.

[1] M. Nordström paraît admettre dans sa *Sv. Samhällsförfattningens Historia*, II, p. 50, que la communauté conventionnelle *à lots égaux* pouvait, d'après la *Grágás*, se stipuler par un *pactum antenuptiale*. Mais le Festa-Þ., 23, montre que la communauté des biens entre époux pouvait se conclure même pendant le mariage.

L'opinion soutenue par cet illustre auteur, que la communauté conventionnelle était toujours *à lots égaux*, est réfutée par plusieurs endroits de la *Grágás*, lesquels montrent péremptoirement que les parts respectives des époux dépendaient de la convention.

[2] Schlegel admet, dans sa *Comment. hist. et crit.*, p. CXX, que la communauté conventionnelle conférait, en règle générale, au mari une part *double* de celle de la femme. Kolderup-Rosenvinge, *l. c.*, p. 158, accepte la même opinion, en ajoutant que c'était *toujours* le cas. Mais cela ne nous paraît pas plus probable que l'opinion de M. Nordström (voir note 1).

[3] Cf. note 6, p. 375.

[4] *Grágás*, Festa-Þ., 22 : « En *ef festavattar lifa eigi*, þeir er þau muni, « *þa leggia lög fe þeirra saman, ef hann atti mörk* eþr meira fe, þa er « samgangr þeirra var, oc mundr var goldinn, *ef þau hafa buit III vetr eþr lengr.* »

[5] *Grágás*, l. c.

[6] *Grágás*, Festa-Þ., 23 : « *Ef annat þeirra a fe* en annat er felaust, oc « se þat þeirra þeim mun meiri *umsyslo-maþr um fe þeirra oc hag*, oc « *leggia þa laug fe þeirra saman.* »

l'homme les *deux tiers*, et le *tiers* à la femme [1]. Il est probable que, dès qu'il y avait communauté des biens entre époux par suite d'une convention ou en vertu des dispositions de la loi, le *mundr* et l'*heimanfylgia* entraient dans la masse commune; mais la *Grágás* ne contient pas de règles spéciales à cet égard [2].

Le droit islandais, tel que le reproduit le code connu sous le nom de *Jonsbok* [3], étant en général conforme à la Loi de Gulathing de Magnus Lagabæter, dont nous parlerons bientôt, nous croyons inutile de donner ici les dispositions du *Jonsbok* sur le sujet qui nous occupe.

CHAPITRE III.

COMMUNAUTÉ DES BIENS D'APRÈS LES ANCIENNES LOIS NORWÉGIENNES [4].

Les anciennes lois de la Norwége nous montrent que, de même qu'en Islande, la communauté des biens entre époux n'était connue en Norwége qu'à titre d'exception. Ces lois prouvent avec pleine évidence que tous les biens des époux étaient généralement considérés comme les propres de l'un ou de l'autre des conjoints. Le régime des biens des époux se stipulait, comme nous l'avons vu pour l'Islande, avant le mariage. D'après l'ancienne Loi de Gulathing et celle de Frostathing, le prétendant devait fournir, outre le *mundr* [5] exigé pour l'obtention de la

[1] *Grágás*, Festa-Þ., 22 : « Oc *sva leggia lög fe hiona saman* jafnan, *at* « *hann a II aura*, en *hon þridiung*.

[2] Cf. Finsen, *l. c.*, p. 260.

[3] Dès que l'Islande fut tombée, après l'an 1264, au pouvoir des rois de Norwége, la *Grágás* cessa d'avoir force de loi. Elle fut remplacé *ad interim* entre les années 1271 et 1281, par la loi dite *Járnsida* ou *Hákonarbok*. En 1281, le roi Erik, fils de Magnus Lagabæter, envoya en Islande, par le *lagman* (juge) *Jon*, une loi rédigée d'après la Nouvelle Loi de Gulathing, et qui reçut le nom de *Jonsbok* ou Livre de *Jon*. C'est encore la source principale du droit islandais actuel. Voir Sveinbjörnsson, *Historia Járnsidæ*, p. V-XVIII, et Schlegel, *Comment. hist. et crit.*, p. CLI-LII.

[4] La courte exposition donnée par Gans, *l. c.*, IV, p. 560 et suiv., du régime des biens des époux d'après les anciennes lois norwégiennes, est, à plusieurs égards, incomplète et erronée; ce dernier défaut provient peut-être de ce que l'auteur a suivi la traduction danoise incorrecte donnée par Paus des anciennes lois norwégiennes.

[5] Nommé parfois aussi *gjof* et *tilgjof* dans l'Ancienne Loi de Gulathing. Voir plus haut.

femme, et appartenant en propre à cette dernière[1], un don nommé dans la première loi *gagngjald*[2], et dans la seconde *þridiungsauki*[3]. L'objet du *gagngjald* ou du *þridiungsauki* était de constituer de la part du mari, en faveur de son épouse, une espèce de dédommagement pour la libre disposition et l'usufruit de la *dot* (*heimanfylgia*, *heimanferð*), ordinairement promise par le *sponsor* de la femme à la convention des fiançailles[4]. Les biens de la femme, y compris son *mundr* et sa *dot*, ainsi que tous les immeubles et meubles hérités par elle, étaient, à moins que l'on n'en eût décidé autrement dans la convention des fiançailles, sous l'administration exclusive du mari[5]. En vue des avantages qu'il retirait de l'usufruit de la dot de sa femme, il parut juste qu'il donnât un dédommagement ou une compensation. Ce dédommagement consistait dans le *gagngjald* ou *þridiundsauki*, lequel se proportionnait à la grandeur de la dot[6], comme l'indique, du reste, la dénomination de *þridiungs-*

[1] Voir les chapitres cités plus haut.

[2] Ne se rencontre que dans deux endroits, savoir aux chapitres LIV et CXV, ainsi que dans le texte correspondant de la *Iárnsida*, E, 19. — Le mot de *gagngjald* signifie au propre : *solutio contraria*, de *gagn* (*gegn*), contra, et *gjald*, solutio (voir Sveinbjörnsson, *Glossaire de la Iarnsida*). — Thorlacius, *l. c.*, p. 205, fait, par contre, venir ce mot de *gagn*, *utilitas*. Mais cette étymologie ne nous semble pas admissible.

[3] Se trouve dans III, 6, 17, 22; IX, 19; XI, 4, 8, et 14-16, ainsi que dans le texte correspondant de l'*A. L. V. N.*, 70, 105 et 123, et désigne littéralement une *augmentation d'un tiers*. Thorlacius, *l. c.*, p. 209, interprète ce mot de la sorte que le *þridiungsauki* augmentait la dot de 50 pour 100, « f. ex. naar Hiemgiven var 60 Rdlr, blef Tilgaven 30 Rdlr. » Il serait peut-être plus juste de ne porter cette augmentation qu'à 33 1/3 pour 100 du montant effectif de la dot. — Munch, *Det norske Folks Historie*, III, p. 973, admet que le « Tredingsauke » est un *tiers* de « hvad der var « erhvervet i Fælleskab efter Giftermaalet, » mais cette opinion nous paraît inadmissible.

[4] La circonstance que cette prestation du mari constituait un *dédommagement* de cette nature, nous paraît s'appuyer principalement sur le chapitre CXXVIII de l'*A. L. V. N.* : « Ef maðr giptir dóttur sina eða konu þá « er hann gipta skal. Þa skal hinn er eiga skal festa henni *þridiungsauka* « *á móti heimanfylgiu hennar* ; » cf. *L. F.*, IX, 19.

[5] *A. L. G.*, 52 : *Rada scal han fe* þeirra ollo til þarva þeim. — *L. F.*, XI, 5; cf. *Járnsida*, K. G., 2; Dr. eccl. de la *N. L. G.*, 28.

[6] Il paraît probable que l'*A. L. G. g.*, laissait aux parties contractantes la liberté de fixer elles-mêmes la proportion entre le *gagngjald* et l'*heimanfylgia*; cette proportion était par contre déterminée par la *L. F.*

auki[1]. La femme ne possédait toutefois qu'un droit éventuel à ce dédommagement : c'était seulement lorsque la dissolution du mariage avait pour cause le décès du mari, que la veuve était autorisée à retirer de la communauté le *gagngjald* stipulé ou le *þridiungsauki* fixé par la loi[2], ainsi que son *mundr*[3] et sa dot. Elle avait le même droit lorsque le mari était la cause du divorce[4]. Tout ce qui lui revenait de cette manière, le *mundr*, l'*heimanfylgia* et le *gagngjald*, est nommé, dans l'ancienne Loi de Gulathing, le *mali* (biens stipulés) de la femme[5]. Mais si le mari administrait simultanément des biens de mineurs, ces biens étaient privilégiés sur ceux de la femme, dans le cas où la for-

[1] *A. L. G.: g.*, 54 : « *Mynda* scal meyar fe allt oc koma eyrir eyri i gegn. « en ekiu fe halft. » Paus, *Saml. af gamle Norske Love*, I, p. 70, traduit ce paragraphe de la manière suivante : « *Iomfrue* skal have saa stor Til- « givt som alt det Gods hun bringer ind til Manden, helöber sig til, og « skal der komme Öre mod Öre. Men Enke skal have saa megen *Tilgivt*, « som halvt det Gods, hun indbringer. » Il nous paraît improbable que, d'après cette loi, le *gangnjald* d'une fille fût égal au montant de la dot, mais que celui de la veuve s'élevât à la moitié de ses apports dans la masse commune. Nous ne pouvons comprendre pourquoi le *gagngjald* aurait été plus grand dans un cas que dans l'autre. — Thorlacius, *l. c.*, p. 206-7, donne à ce texte l'interprétation suivante : « Naar en Iomfrue bliev givt og « siden döde fra Manden, skulde hendes ganske Formue deles til Arv « i Hovedlodder imellem hendes Mand og fælles Born, saaledes at Öre « blev lignet mod Öre. Men naar en Enke derimod blev givt, skulde kun « hennes halve Formue gaae til Deling imellem Manden og fælles Born. » Mais cette interprétation, qui s'appuie principalement sur la supposition que le *myndia* de l'*A. L. G.* a la même signification que dans la Loi de Scanie et la Loi de Sélande, dite d'Eric, nous paraît encore plus inadmissible que la traduction donnée par Paus.

[2] *A. L. G.*, 54, et *L. F.*, IX, 19.

[3] *A. L. G.*, 54 : « Nu scal *giof kono heimil vera* er til hennar var geven. « Hverr sem skilnadr þeirra verdr. » *Giof* a sans doute ici la signification de *mundr*; voir plus haut. — Sveinbjörnsson, *Iárnsida*, K. G., 2, paraît admettre, par contre, que ce mot n'est autre que le *tilgjöf* (augmentation de dot). Cf. Dr. eccl. de la *N. L. G.*, 28.

[4] *A. L. G.*, 54. — *L. F.*, III, 6; cf. *Loi eccl. du roi Sverrer*, 61.

[5] Ce mot ne se retrouve avec cette signification que dans un seul endroit de l'*A. L. G.*, savoir le chapitre CXV, et dans le texte correspondant de la *Iárnsida*, Et., 19. — « *Mali*, m. = quicquid constituitur, stipulatio, « pactum; *mali konu* = bona uxori constituta (per pactum antenuptiale); » voir *Glossar. ad Iárnsidam.* — Thorlacius, *l. c.*, p. 194 et suiv., pense que le *mali* signifie tout simplement la dot (*heimanfylgia*) de la femme; mais c'est évidemment une erreur.

tune du mari ne répondait pas à ses obligations. La femme devait alors renoncer au *mundr* (*gjof*) et à l'augmentation de dot (*gagngjald*, *þridiungsauki*). A cette exception près, la veuve avait le même droit que les autres créanciers de la masse, avec lesquels, toutefois, elle devait supporter une diminution de son *mali*, au prorata des créances respectives de tous les créanciers. Mais si, par contre, le mari avait des dettes avant le mariage, la veuve perdait toujours, dans le cas d'insolvabilité du mari, son *mundr* et probablement aussi son *gagngjald*, car, disait la loi, personne ne doit acquérir une femme avec les biens d'un tiers [1]. La femme mourait-elle *avant* le mari sans avoir laissé d'enfants, d'après l'ancienne Loi de Gulathing, celui-ci ne devait pas rendre aux héritiers de son épouse le *gagngjald* [2], mais seulement le *mundr* et l'*heimanfylgia* [3]. D'après la Loi de Frosta-

[1] *A. L. G*: *g.*, 115 : « Nuer þar umaga eyrir i garde. Oc *mali kono*. Þa er « vel ef þeim vinnzt hadom fe. En ef eigi vinnzt. Þa scal hon *þarnasc* « *gagngializ* oc *giavar*. En ef eigi endesc i alla stade fe. Þa scal sa mest « þarnasc er mest atte fe at hanom. Sva kona hanns scin adrer skull— « dunautar. Tolu scal til þess hava. Nema madr ætte ved i einum hve— « rium grip. Þa scal hann þan fyrst hava. *Helldr scal kona þarnasc tilgiavar* « *sinnar*. Helldr en þeir menn er fyrr atto at hanom en hann fengi hennar. « Firi þvi at *engi scal sér kono kaupa vid annars fe*. » Il n'est pas improbable qu'ici le *tilgjof* comprend non-seulement le *mundr*, mais encore le *gagngjald*.

[2] *A. L. G*: *g.*, 54 : « *Mynding* scal vid ollum lutum heimil væra. Nema vid « tveim einum. Ef hon deyr *barnlaus*. Æda gengr fra hanom *foryfta* « *laust*. » — Le mot *mynding* a sans doute la même signification que *gagngjald*, vu qu'il est dit du *mynding* ce qui est dit ailleurs du *gagngjald*, ou du *þridiungsauki*, savoir : que la femme le perd, si elle meurt *avant* son mari ou si, dans le cas de divorce, elle en est la cause. — Paus, *Saml. af gamle Norske Love*, I, p. 70, traduit *mynding* par « *Tilgift*. » Thorlacius, *l. c.*, p. 207, dit que le *mynding* est *le droit de succession du mari aux biens de sa femme*, opinion pour laquelle il se fonde sur la *Loi de Scanie*, I, 23, et la *Loi de Sélande du roi Eric*, I, 12. Mais ces lois ne prouvent rien à cet égard ; car les lois norwégiennes ne font aucune mention d'un pareil droit de succession. — Thorlacius, *l. c.*, rend le mot *foryftalaust* par « *uforsörget* (uden andres Forsvar) ; » mais Paus, *l. c.*, par « *uden given* « *Aarsag*. » Cette dernière version nous paraît la plus correcte, car « *foryftalaust* » est sans aucun doute le *forurtalaust*, *sine caussa sufficienti*, de la *Grágás* ; voir *Festa-P.*, 15, et *Gloss. ad Grágás*. Cf. Finsen, p. 249.

[3] Pour le cas où la femme mourait en couches, voir *A. L. G.*, 104. Le *tilgjof* mentionné ici est, sans aucun doute, la même chose que le *mundr* ; voir plus haut. — Cf. *L. F.*, XI, 6.

ting et l'ancienne Loi des villes (*Bjarkö Ret*), le *þridiungsauki* paraît avoir cessé dès que la femme mourait la première, sans égard à la circonstance qu'elle eût ou non laissé des enfants [1]. Mais si elle avait occasionné la dissolution du mariage par adultère ou sans cause déterminée par la loi, elle perdait non-seulement le *þridiungsauki*, mais encore le *mundr* [2].

Nous avons dit plus haut que *le régime de la communauté des biens entre époux* (FELAG) *pouvait avoir lieu soit par suite d'une convention, soit en vertu des dispositions de la loi.* Si la communauté était conventionnelle, la convention pouvait, d'après l'ancienne Loi de Gulathing, précéder ou suivre la consommation du mariage. Mais, afin de protéger les droits de succession des familles respectives, la loi prescrivait certaines conditions ayant pour objet la conservation des terres patrimoniales (*odelsjord*) dans la famille. Ainsi, lorsque l'on épousait une fille, le consentement des héritiers des deux conjoints était obligatoire pour la validité de la communauté des biens stipulée [3]. Le mariage avait-il lieu avec une veuve ayant chez elle des enfants mineurs du premier lit, habiles à succéder à leur père défunt, il fallait, pour que la convention de la communauté fût valide, que les parents paternels les plus proches des enfants fissent premièrement l'évaluation de la fortune du futur, et se convainquissent qu'elle était supérieure et non inférieure à celle de la femme; puis ils déterminaient le régime de la communauté des biens entre les époux au prorata de leurs apports, tant mobiliers qu'immobiliers [4]. Pour recevoir force de loi, les

[1] *L. F.*, IX, 19. Cf. le texte correspondant de l'*A. L. V. N.*, chap. CV et CXXIII.

[2] *L. F.*, XI, 14. — Cf. III, 22; *Loi eccl. du roi Sverrer*, 70, et le texte correspondant de la *Járnsida*, K. G., 5. Dans la traduction, ainsi que dans la note au chapitre I, Sveinbjörnsson donne au *mundr* la signification de *dos profectitia* (= *heimanfylgia*), mais nous n'avons pas trouvé de raison valable pour cette supposition.

[3] *A. L. G*: *g.*, 53 : « Nu fær madr meyar. Eigi megu þau *leggia felag* sin « imillum. Nema *þeir menn iatte er til arfs þeirra standa.* » Cf. *Járnsida*, K. G., 2; L. E. de la *N. L. G.*, 28.

[4] *A. L. G*: *g.*, 53 : « Nu fær madr *eckiu* oc a hon börn til arfs sins. Oc « ero þau i umegd. Oc vill hann þo leggia felag vid hana at hvaro. Þa scal « gera stefnu til hofudbarms monnonom barnanna. Oc *leggia felag þeirra* « *saman. At fiar magne.* Leggia iord iordu i gegn. En eyri eyri i gegn. Oc « meta fong hans at þau ero meiri en hennar fong se. » Cf. *Járnsida*, K. G.,

conventions de ce genre devaient être publiées devant l'assemblée du peuple au *thing* [1]. Ces formalités remplies, la communauté conventionnelle ne pouvait être annulée pour quelque cause que ce fût; mais si elle avait été stipulée d'une autre façon, les parents des deux époux pouvaient, dans le temps et terme de vingt ans, en exiger l'annulation à l'assemblée au *thing* [2 3]. Dès que des enfants étaient nés aux époux, il leur était permis de déterminer librement, et sans l'intervention d'autres héritiers ou parents, l'étendue et la nature de ce qui devait être considéré comme appartenant à la communauté [4]. Dans ce cas aussi, la part de chacun des conjoints était sans doute basée sur leurs apports respectifs dans la masse commune.

La *communauté légale* [5] entrait en vigueur (þa leggia log *felag* þeirra saman) dans les cas suivants :

1° Lorsque les époux avaient vécu vingt ans ensemble, et qu'aucune convention préalable de communauté des biens n'avait eu lieu [6];

2; *Loi eccl.* de la *N. L. G: g.*, 28. Nous avons vu ailleurs que la *Loi des Wisigoths* fixait, d'après les mêmes bases, la part des époux dans les biens de la communauté.

[1] *A. L. G: g.*, 53 : « Hvervitna þess er hiun tvau *leggia felag sit saman.* « Þa scolo þau *lysa því i fiolda manna.* »

[2] *A. L. G: g.*, 53 : « Nu ma þat eigi riuva ef sva er lagt. *En ef þau leggia* « *felag sitt annan veg saman. Þa ma þat riuva. Hvárt sem vill hans erfingi.* « *Æda hennar.* A þa lund at fara a þing fram fyrr. En þau have veret XX « vetr. saman. Oc segia i sundr því plage; » Cf. *Járnsida*, l. c., *L. E.* de la *N. L. G.*, l. c.

[3] Toutes ces dispositions avaient évidemment pour objet la conservation de la terre et surtout de la terre patrimoniale dans la famille, en faveur des générations futures.

[4] *A. L. G: g.*, 53 : « En ef þau *ala born* til arfs sins. Þa megu þau *leggia* « *felag sin imellom slict sem þau uilia;* » Cf. *Dr. eccl.* de l'*A. L. G: g.*, 28.

[5] Nordström, *l. c.*, II, p. 51, sans doute induit, comme Schlegel (Astraea, II, p. 215), en erreur par la traduction incorrecte que Paus a donnée des lois norwégiennes, dit que : « De *Norska lagarna åter* (en opposition avec « la *Grágás*) *antaga ej någon legal egendomsgemensamhet*, utan låta den « ankomma på öfverenskommelse. » Nous allons voir cependant que même les plus anciennes lois norwégiennes reconnaissaient une communauté *légale* des biens entre époux.

[6] *A. L. G: g.*, 53 : « *Nu ero hiun tvau saman XX vetr æda XX vetrum* « *lengr. Þa leggia log felag þeirra saman.* Ef eigi var fyrr lagt; » cf. *Dr. eccl.* de la *N. L. G.*, 28. Paus, *l. c.*, p. 70, s'est complétement trompé sur

2° Lorsqu'une convention avait eu lieu sans que les clauses en eussent été, en conformité aux dispositions de la loi, publiées dans le temps et terme de vingt ans [1];

3° Lorsque deux esclaves libérés contractaient mariage [2];

4° Lorsque le mari avait, durant l'espace de vingt ans, vécu en concubinat public avec sa femme [3].

Dans tous ces cas, le mari avait droit aux deux tiers et la femme au tiers restant des biens de la communauté [4].

Les dispositions de la Loi de Frostathing semblent indiquer qu'à la règle, les mariages se concluaient avec la stipulation du *mundr* et du *pridiungsauki* de la part du mari, et de l'*heimanfylgia* de la part du *sponsor* de la femme [5]. Quoique cette loi ne fasse pas mention de la communauté conventionnelle des biens, on peut néanmoins présumer qu'elle était permise, en comparant les dispositions des autres lois norwégiennes à cet égard. Il y est toutefois parlé d'une communauté légale qui entrait en vigueur dès que les conjoints avaient vécu l'an et jour ensemble, et que des dispositions différentes n'avaient pas été stipulées avant l'expiration de ce terme. Mais cette communauté des biens ne paraît avoir concerné que les biens meubles, comme le mobilier et les instruments agricoles [6]. Une communauté semblable pouvait aussi naître du fait que deux personnes, qui étaient pauvres au temps de leur entrée en mariage, avaient encore acquis des biens; mais alors la com-

le sens de la dernière phrase, en la traduisant par : « *Da maae de dog* « *legge deres Gods sammen. om det ikke var lagt tilforn.* »

[1] *A. L. G* ; *g.*, 53 : « En þo at þat være lagt oc er eigi lyst a XX vetrum. « Þa er sem ulagt se. »

[2] *A. L. G* : *g.*, 64 : « Nu frælsasc þau þræll oc ambótt. Oc bua bæde saman. « *Þa oexla þau hanom tva luti fiar en henne þridiung.* »

[3] *A. L. G* : *g.*, 125 : « Ef madr *byr vid fridlu sinni XX vetr.* æda XX « vetrum lengr. Gengr i liose i hvilu hennar... Oc *leggia log felag þeirra.* »

[4] *A. L. G* : *g.*, 53 : « *Þa leggia log felag þeirra saman... Þa a hon þridiung* « *i fe en hann tva luti.* »

[5] *L. F.*, XI, 2–5.

[6] *L. F.*, XI, 6 : « En ef cona missir búanda sins. Oc hafi þau XII mánadi « saman verit. *Þá á cona þridiung i búi oc i lausum aurum ollum* oc clædi « sin at fornadi. » — XI, 8 : « Ef madr gengr i bú med eckiu eda med « meya. *Þá á hann þó ecki i búinnu fyrr en þau hafa XII mánadi saman* « *verit. Þa leggia log fe þeirra saman.*

munauté comprenait aussi les immeubles[1]. Au partage, l'homme recevait les deux tiers et la femme le tiers restant des biens de la masse commune[2].

La grande révision des lois, entreprise en 1274 par le roi Magnus Lagabæter, laissa intactes dans leurs parties essentielles les anciennes dispositions sur le régime des biens entre les époux. Ainsi la nouvelle Loi de Gulathing, ou nouvelle Loi des campagnes, établit, comme les lois mentionnées plus haut, que la communauté des biens n'existe qu'en vertu d'une convention spéciale[3], ou, exceptionnellement, par suite des dispositions de la loi pour certains cas particuliers. Nous avons donc à y considérer les cas suivants, savoir :

1° Le mariage *sans* communauté des biens ;

2° Le mariage *avec* communauté conventionnelle ;

3° Le mariage *avec* communauté légale.

Dans le mariage *sans* communauté des biens, il appartenait au *sponsor* de déterminer la dot (*heimanfylgia*) que recevrait la femme à titre d'avance sur son héritage futur[4], ainsi que la somme à constituer par le prétendant sur ses propres biens, comme dédommagement (*tilgjof*, augmentation) pour l'usufruit de la dot[5], dans le cas où l'épouse lui survivrait[6]. L'*heiman-*

[1] *L. F.*, l. c. : « En ef *öreigar* II. koma saman at lands lögum. Oc aucaz « þeim fe, *haſi hann II. Luti en hon þridiung bædi i landi oc lausum eyri.* » Cf. *Járnsida*, K. G., 3.

[2] Même le *Dr. eccl. de l'Anc. L. B.*, 10, reconnaît qu'il se forme une communauté *légale* de cette espèce, quand les époux ont vécu trente ans ensemble, et que les témoins au mariage sont tous morts : « Nu ef hiun hafa « *bäit* 30 *vætra* eda þui lengr. Ero giftar vithi oi i fra daud hefir hon « radet lase ok loko at allum hibilum setet æftir aldre vid adrar hus- « proeyiar af allum hæitit ægin kona hans... Þa kuerfr hon til *laga giftar* « *i gard manz þri deili af fe i lande ok lausum oeyri* ok til III marka « *i mundi.* » — La même disposition se retrouve dans le *Dr. eccl.* de la *N. L. B.*, 26.

[3] Cf. *Dr. eccl.* de la *N. L. B.*, 22 : « Nu ero þæir sattir at *hæiman fylgd* oc « sua at *fælags gjærd* þat skall þa handsælia oc skirskota undir vatta ; » cf. *Hertug Haakon Magnussöns st. Retterbod*, 1297, chap. II. — *Haakon Magnussöns Retterbod om Fællig.*

[4] *N. L. C. N.*, S. S. (V), 1. — Cf. *N. L. V. N.*, V, 1, et le *Jonsbok*, K. G., 2.

[5] *N. L. C. N.*, S. S. (V), 1 : « En giptingar madr skal skilia *heimanfylgiu* « oc *tilgjof* firir frendkono sinni, *sua sem þeim kemr a saml.* — En enga « heimanfylgiu ma arfe giptingar manns riufa þa er sua er gor sem nu er « mælt. » Cf. *N. L. V. N.*, V, 1, et *Jonsbok*, K. G., 1.

[6] *N. L. C. N.*, S. S. (V), 3 : « En ef hann missir hennar vid þa take arfar

fylgia et le *tilgjof* (quoiqu'elle n'eût, comme nous venons de le voir, qu'un droit éventuel à ce dernier), le *Morgengabe* (*gjof*) que l'homme lui avait donné, et enfin les biens hérités pendant le mariage, constituaient les propres de la femme. Le *tilgjof* de la nouvelle Loi des campagnes a la même signification que le *gagngjald* et le *priðiungsauki* des anciennes Lois de Gulathing et de Frostathing; il désigne, comme ces deux termes, un dédommagement pour l'usufruit de l'*heimanfylgia*. Ce fait est prouvé par la disposition de la loi, statuant que les vêtements et objets de toilette de la femme ne peuvent s'élever à plus du tiers de la somme totale de la dot, dont le restant doit consister en biens que le mari puisse utiliser ou dont il soit à même de tirer des revenus [1]. La nouvelle Loi des campagnes autorisait encore, en conformité avec les anciennes lois norwégiennes, le mari à administrer sans autorisation spéciale les biens de la femme [2], quoique le consentement de l'épouse fût sans doute nécessaire pour la vente de ses immeubles [3]. A la dissolution du mariage par le décès du mari, la veuve retirait, comme auparavant, son *heimanfylgia* ainsi que son *tilgjof* [4], à moins, toutefois, que ce dernier n'eût été forfait par adultère [5]. Mais si les biens de la femme ne pouvaient être restitués qu'au préjudice de créanciers plus anciens, la veuve y perdait le *tilgjof* et sans aucun doute aussi le *gjof*. Les dettes que le mari avait contractées avant son mariage devaient être honorées en premier lieu,

« hennar heimanfylgiu en *tilgiof falle nidr*. » Cf. *N. L. V. N.*, V, 3; *Jonsbok*, K. G., 3, et *Retterbod Kon. Eriks* (III, p. 122).

[1] *N. L. C. N.*, S. S. (V), 1 : « Eigi skal oc i klæðum meira heiman gerazt « med kono en þridiungr. En þat sem giptingar madr gefr meira þat skal « vera i þeim lutum at *þat megi uera þeim til þarfa er kono far eda til « auinings;* » cf. *N. L. V. N.*, V, 1, et *Jonsbok*, K. G., 1 (*Retterb. Kon. Haakons*, p. 116).

[2] *N. L. C. N.*, S. S. (V), 3; cf. *N. L. V. N.*, V, et *Jonsbok*, K. G., 3.

[3] C'est ce que dit, du moins en termes explicites, le *Stora allm. Retterbod* du roi *Eric Magnusson*, 1280, chap. XXII.

[4] *N. L. C. N.*, S. S. (V), 9 « En ef madr fær kono at landz lagum rettum « oc gefr mote henne tilgjof oc fellr hann sidan fra. *Þa skal lukazt henne « þing* (*tilgjof*) *sin oc heimanfylgia* af sialfs hans fe medan þat vinzt; » cf. *N. L. V. N.*, V, 6. — *L'ordonnance de* 1302 *du roi Haakon Magnusson*, montre qu'une reine douairière recevait aussi le *tilgjof;* mais elle n'en pouvait jouir que pour le temps de son *veuvage*.

[5] *N. L. C. N.*, S. S. (V), 5; cf. *N. L. V. N.*, V, 5, et *Jonsbok*, K. G., 5.

la nouvelle Loi des campagnes déclarant, avec l'ancienne Loi de Gulathing, qu'il n'était permis à personne d'acquérir une femme avec les biens d'autrui[1]. Quant à sa dot et à tous ses autres biens propres, la femme paraît avoir été regardée, indépendamment de la date des créances, comme l'un des créanciers de la masse à titre égal et sans privilége. Les dispositions de la nouvelle loi étaient encore les mêmes que celles de l'ancienne Loi de Gulathing[2], lorsque des biens de mineurs se trouvaient mêlés dans la masse du défunt avec le *male*[3] de la veuve, c'est-à-dire son *tilgjof* (*gagngjald*) et son *heimanfylgia*. Si la femme mourait la première, le mari ne devait restituer aux héritiers de son épouse que sa dot et le morgengabe qui pouvait avoir été donné ; quant au *tilgjof*, il le gardait[4].

Cependant, si les époux désiraient faire avant ou pendant le mariage un contrat de communauté des biens, la loi prescrivait certaines précautions dans le but d'empêcher une lésion des droits de succession des parents des deux conjoints. Il était permis aux époux de mettre en commun tous les biens qu'ils possédaient ou pouvaient hériter ou acquérir dans la suite ; mais, dans tous les cas, celui des conjoints qui avait apporté le plus à la masse commune, ou ses héritiers, avaient le droit d'une restitution équivalente à l'excédant de sa mise sur celle de l'autre conjoint. Le reste se partageait ensuite par moitié, si les biens mis en commun avaient subi une diminution dans leur montant primitif ; mais si le contraire avait eu lieu, l'homme recevait les deux tiers et la femme le tiers restant de l'augmentation. Tout contrat de communauté des biens entre époux, fondé sur d'autres conditions, était déclaré nul par la loi, même

[1] *N. L. C. N.*, S. S. (V), 6 : « En ef þat vinzt eigi til. Þa skola erfingiar « ecki til leggia af sinu fe. Þui at engi skal ser kono kaupa med annars fe; » cf. *N. L. V. N.*, V, 6; *Jonsbok*, A., t. XIX, et *Loi norwégienne de Christian IV*, S. M., 6, 13.

[2] Le terme *Male kono* ne se trouve qu'une seule fois dans la *N. L. C. N.*, savoir S. S. (V), 13. On le trouve, en outre, dans le texte correspondant de la *N. L. V. N.*, V, 13, ainsi que dans le *Jonsbok*, A., t. XIX.

[3] *N. L. C. N.*, S. S. (V), 13. C'est une copie littérale du texte correspondant de l'*A. L. G.*, 115. Il en est de même des textes correspondants de la *N. L. V. N.*, V, 13, et du *Jonsbok*, A., t. XIX.

[4] *N. L. C. N.*, S. S. (V), 3. Voir plus haut, page 384, note 6.

si les héritiers n'y mettaient pas opposition[1]. L'*heimanfylgia* et le *tilgjof* étaient sans doute aussi compris dans la masse commune d'après cette forme de communauté conventionnelle, et la veuve n'avait, par conséquent, aucun droit à une compensation de leur valeur[2].

D'après la nouvelle Loi des campagnes, la communauté légale n'entrait en vigueur que dans un seul cas, savoir : celui où des époux, *pauvres* au temps de leur mariage, avaient par la suite acquis de la fortune. En pareil cas, le conjoint survivant recevait, à la dissolution du mariage par le décès de l'autre, les deux tiers des biens conjugaux, lorsqu'il devait les partager avec d'autres que ses propres enfants, mais autrement la moitié tant des meubles que des immeubles[3].

La *Loi norwégienne* (*Norske Lov*) du roi Christian IV, laquelle n'est en grande partie qu'une reproduction, en norwégien du dix-septième siècle, de la nouvelle Loi des campagnes, permettait aux époux de déterminer le régime de leurs biens de la même manière qu'auparavant. Toutefois, afin de protéger les droits des familles respectives, cette loi statuait que les biens-

[1] *N. L. C. N.*, S. S. (V), 3 : « Engi kona a at synia bonda sinum felags. « En med þui mote megu þau felag leggia sinn i millum *at hvart leggi til « felagx allt þat er þa a eda eigande verdr med erfdum oc adrum lutum...* « En *þat hinna er meira lagde til felags skal meira upp taka* eda þers erfingiar. *Sidan se skipt i helminga* þo at oeyst hafe. En *ef aflazt hefir. þa skal « kallmadr eda hans erfinge taka II. Luti* afla en kona þridiung. Þurfu þau « engan mann at þuisa felage at spyria. En ef þau leggia annan veg. Þa « skal eigi halldazt þo at erfingi kunni eigi eda vili eigi. Þui at log riufa « þat felag. » Cf. *N. L. V. N.*, V, 3, et *Jonsbok*, K. G., 3. — Le *Retterbod om Fællig* du roi *Haakon Magnussön* (III, p. 140), y ajouta la déclaration que si quelqu'un épousait une fille ou une veuve avec stipulation du *tilgjof*, les époux pouvaient contracter communauté, dès qu'ils avaient issue de leur mariage ; mais que s'ils avaient des enfants mineurs d'un autre lit, ils devaient demander l'approbation des plus proches héritiers après ces enfants.

[2] C'est ce que montre d'une manière indirecte la disposition de la *N. L. C. N.*, l. c. : « Nu er *eigi felag* hiuna i millum þa skal henni su *tilgjof* « heimol uera er til hennar var gefin. » Cf. *Jonsbok*, K. G., 3 ; *Kong Eriks Retterb.*, p. 122.

[3] *N. L. C. N.*, S. S. (V), 4 : « Nu ef *oreigar* II. koma saman at landz « lagum oc aukazt þeim fe. Þa *hafe þat II. luti er lengr lifir hæde i lands « oc lausum oeyri* er vid *uttarfa* er at skipta. En *heiming er vid* börn þeira « er at skipta ; » cf. *N. L. V. N.*, V, 2, et *Jonsbok*, K. G., 4.

fonds hérités ne pouvaient être mis en commun par les époux sans le consentement des proches des deux parts. Il leur était, au reste, permis de déterminer eux-mêmes par une convention l'*Itiemfolge* ou *Itiemgifft* (*dot*)[1] de la fiancée, ainsi que le *Fil-gaffue* (*douaire*) à fournir par l'homme de ses propres deniers comme dédommagement pour l'usufruit de la dot, dans le cas où la femme lui survivrait. Mais les époux pouvaient aussi stipuler le *hælnings felag* (communauté universelle des biens), laquelle entrait toujours en vigueur dès que l'homme demandait la communauté pendant le mariage, et que les époux avaient mis en commun tout ce qu'ils possédaient ou pouvaient hériter ou acquérir d'une manière quelconque[2]. Au partage des biens, si les époux n'avaient pas laissé d'issue, les biens meubles étaient répartis par moitiés égales entre le survivant et les héritiers du défunt, mais les *odelsgods* (biens-fonds paternels ou maternels) retournaient au survivant ou aux héritiers de l'épouse décédée[3]. Si, au contraire, le partage de la masse avait lieu avec les enfants nés du mariage, les meubles et les immeubles se divisaient en parties égales[4], les *terres achetées* (*kjobegods*) et les *terres hypothécaires* (*puntegods*) étant considérées comme meubles. Quant aux personnes sans fortune au commencement de leur union, la loi continua à leur reconnaître la communauté à parts égales de tous les biens qu'elles avaient pu acquérir pendant le mariage[5].

[1] *L. N. Chr. IV*, S. M., 3 : « Giffter Mand sammen sine Börn : Da skal « slige forord stande, som Mand giör for sine Börn : Hvad heller det er till « *Fællag* eller *Hiemgaffue* ; » cf. *S. M.*, 6, 13.

[2] *L. N. Chr. IV*, S. M., 3.

[3] *L. N. Chr. IV*, S. M., 3 : « Oc sidin skifftis hvis Lössöre, som offuer « bliffuer, *lige, i to parter*, imellem den som igien leffuer oc den Dödis « Arffuinger : Men *Odels-Gods falder frit til rette Odelsmand*. Uden saa er « de giöre anden forordi i Bröllupit, met deris neste Arffingers samtycke. » Cf. *S. M.*, 13.

[4] *L. N. Chr. IV*, S. M., 3 : « Affler Hussbond eller Hustrue *Barn sam-* « *men* oc döer enten dennem fra Barn : da skifftis *baade Lost oc Fast i to* « *lige Parter*, imillem Barnit oc den som igien leffuer. »

[5] *L. N. Chr. IV*, S. M., 3. — Les dispositions ultérieures de la *Loi du roi Christian V*, de l'an 1687 (5-2-19, 20) sur la même matière, sont littéralement reproduites de la *Loi danoise* du même souverain, dont nous parlerons plus bas.

CHAPITRE IV.

COMMUNAUTÉ DES BIENS D'APRÈS LES ANCIENNES LOIS DANOISES.

Les anciennes coutumes danoises montrent que déjà, vers l'époque où elles furent mises par écrit, *la communauté des biens entre époux existait comme règle générale en vertu de la simple disposition de la loi*[1]. Cette circonstance n'autorise pas, toutefois, la supposition que le régime des biens conjugaux ne pût se baser en Danemark, comme dans le reste du nord scandinave, sur le principe des biens propres[2]. Pour la communauté des biens reconnue par les lois danoises, il faut distinguer entre les lois des villes et les lois des campagnes, celles-ci contenant toujours, en vue de protéger les droits des familles sur les biens-fonds, certaines dispositions qui manquent chez les premières. Ainsi, dans la Loi de Scanie (*Skånelagen*)[3], dans les deux Lois de Sélande (*Sjellandske love*)[4] et dans celles de Jutland (*Jydske lov*)[5], étaient exceptés du régime de la communauté :

[1] Cf. Kolderup-Rosenvinge, *Danske Retshist*, I, p. 158.

[2] Thorlacius, *l. c.*, p. 208, professe une opinion contraire, et admet que les constitutions de dot « ikke siden Svend Tjugeskäggs tid, eller *maaske* « *aldrig* have være brugelige i Danmark. » L'histoire nous informe, sans doute, qu'en Danemark les femmes ne furent pas déclarées habiles à succéder avant le temps du roi Sven Tjugeskägg († 1014); mais l'authenticité de ce fait a été mise en doute. Il est en tout cas fort probable que les femmes, une fois admises à succéder, reçurent bientôt une part dans la communauté. — Schlegel, *l. c.*, p. 223-24, pense que l'usage de conclure le mariage sous la forme d'un achat, avec stipulation d'une certaine propriété particulière pour la femme, ne cessa entièrement que sous le règne du roi Waldemar I.

[3] Kolderup-Rosenvinge, *l. c.*, I, p. 29, pense que la Loi de Scanie est une collection privée de coutumes, mise par écrit pendant les premières années du treizième siècle Cf. l'avant-propos de son édition de la traduction latine, *Lex Scanica antiqua*, de l'evêque André Sunesen (datant des années 1204-1215). Voir surtout la préface de l'édition de M. Schlyter, où cette matière est traitée avec une érudition digne de l'illustre éditeur des anciennes lois suédoises.

[4] *Lois du roi Waldemar et du roi Eric*; pour l'âge de ces lois, voir Kolderup-Rosenvinge, *l. c.*, p. 31-32, et les préfaces de ses éditions desdites lois.

[5] Cette loi fut sanctionnée en 1241 par le roi Waldemar II; voir la

1° Tous les biens-fonds hérités [1];

2° Tous les biens meubles hérités pendant le mariage, à moins, toutefois, que ces derniers n'eussent été mis en commun en vertu de l'*arvebed* [2].

Les biens restants étaient divisés en deux parties égales, dès que le mariage se dissolvait sans issue, soit par décès, soit par divorce. Dans ce dernier cas, chacun des époux, et, dans le premier, le survivant et les héritiers du défunt, se partageaient par lots égaux les biens de la masse commune [3].

préface de l'édition Kolderup-Rosenvinge et Larsen, dans le *Jurid. Tidskrift*, XIII, p. 231 et suiv.; XV, p. 15-20.

[1] Kofod-Ancher, *Saml. Juridiske Skrifter*, II, p. 366 : « Jord var Familie-« Gods, og maatte derfor icke fragaae rette Arvinger. »

[2] Pour la signification primitive du mot *Aruœbit*, voir Kolderup-Rosenvinge, *Observations sur l'édition de la Loi de Sélande du roi Eric*, Copenhague, 1821, p. 236, où l'auteur fait venir ce mot de *bita*, suéd. *binda*, lier, réunir, de sorte que le sens de ce mot serait *réunion ou mise en commun d'un héritage* : « Arvs Sammenbindelse d. e. Forening eller Sammenlæg-« gelse. » — Voir une autre opinion à cet égard chez Kofod-Ancher, *Observ. sur l'édit. de la Loi de Jutland*, Copenh., 1783, p. 301-2. Quoi qu'il en soit à cet égard, l'*Arfvebed* ou *Arvœbit* veut dire que quand une personne appartenant à une association dont les membres possédaient des biens communs, héritait des biens meubles, ces derniers n'étaient soumis au régime de la communauté que dans le cas où l'autre ou les autres membres de l'association avaient aussi hérité des biens meubles de la valeur d'un marc et au-dessus.

[3] *Loi de Scanie*, I, 7 : « Cumma tu bion sammæn mz rættum loghum, oc « hauir annat thera ena mark oc annat hundræthæ mark, ok skilias the « silan ællær döth ællær qvik, *skiftis e bo therœ i mellin ællær therœ arvœ* « *um the ærœ döth, til halfnathœ, köpœjorth ok bolfœ. Annur jorth gangœ* « *til rættu arvœ*. Tokæ the arf oc æræ the ey barmynd ællær arfhet, tha « gangæ han til rættæ eruœ. » — *Loi de Sélande du roi Eric*, I, 1 : « Far « man athalkonæ, tha *hvat sum the ærœ œghændœ at*. Forutæn thæræ jorth, « *tha aghœ the alt til halfs* thot hans wæræ til hundræthæ mark. Ok hænnæ « ikky. » — I, 3 : « *Dör annæt thœræ barnlöst* fran annæt. *Tha skal thœs* « *döthœ arfnœ gangœ at half bo i allœ munœ. Ok i köpœ jorth haluœ* um « the ærœ æy meræ æn tu i fælugh sammæn. » — I, 28 : « Thæt skal man « ok witæ. At thagær bondæn ok frughæn komæ samæn. *Allœ the aruœ* « *thœr the hauœ for ærfd i fœ munœ. The ærœ beggy thœrœ*, hwat sum « annær man skal hanum gialdæ for uthæn jorth. *Tha ær ok thæt bœggy* « *thœrœ ;* » — 30... « Thæt skal man ok witæ. At ængin thær laugh arf ær. « a. At bitæ annær. For utæn han ær swa goth sum en mark silf. Faar « bondæn en arf in. Ok aruær hun annær wagh en annær i gen. That « hænnæ ær sua goth. Sum hundræthæ mark ællær bætræ. Ok annæn æy

D'autres principes entraient en vigueur dès qu'il y avait issue. La Loi de Scanie et celles de Sélande admettent une communauté tacite des biens, non-seulement entre époux, mais encore entre parents, enfants et petits-enfants, entre parents et enfants de lits différents, entre parents par mariage et leurs gendres ou leurs brus, et enfin entre frères et sœurs, dès qu'ils vivaient ensemble et faisaient ménage commun [1].

Dans les anciennes coutumes danoises, le droit de succession se base essentiellement sur l'idée d'une propriété collective de la famille, mais en ce sens que chaque membre de la famille proprement dite (celle qui vivait à même pot et feu) avait un droit éventuel de succession aux biens communs [2]. Ce fait explique le droit qu'avait le survivant de partager les biens du défunt avec ses propres enfants. Il constitue une institution toute spéciale à l'ancien droit danois, et ne se retrouve pas dans les autres coutumes scandinaves. La succession était, d'après ce principe, soumise aux formes suivantes :

Si le partage avait lieu entre l'époux survivant et ses enfants, lesquels étaient en communauté des biens (*fælagh*) avec leurs parents, le veuf ou la veuve recevait, de même que tous les fils, au prorata du nombre des ayants droit, un lot entier (lot viril) dans *les acquêts et les biens meubles* [3], tandis que, d'après l'ancien usage, les filles ne recevaient qu'un demi-lot. Mais dès

« bætræ æn en marks silfs. *Tha jæfnæs the bathæ sum annæt bo fæ.* » — *Loi de Jutland*, I, 6 : « Samnes hyon oc fa the ei börn. Dör antigh there « sithen. *Tha sciftes huus oc bofæ oc kopeiorth itu mælle hin ther liuer oc hins « döthe aruing.* » — Cf. Kofod-Ancher, *Samlede Juridiske Skrifter*, II, p. 368; Kolderup-Rosenvinge, *Danske Retshistorie*, I, p. 158-59, et, pour la Loi de Jutland, Von Steman, « das Güterrecht der Ehegatten im Gebiete « des Jütschen Lovs, » Copenhague, 1857, p. 34 et suiv.

[1] Cf. Kofod-Ancher, *Saml. Jurid. Skrifter*, II, p. 358 et suiv., et Kolderup-Rosenvinge, *Danske Retshistorie*, I, p. 236-38.

[2] Kofod-Ancher, *l. c.*, II, p. 248 : « Alle af eet og samme Hus og Familie « udgjorde paa nogen Maade Eet. De boede sammen, levede sammen, og « søgte alle ved samlet Flid og Omhyggelighed at befordre Familiens « almindelige Beste. Hvorfor ingen kunde synes at eje noget for sig selv, « men ligesom al deres Ombue og Vindskibelighed gik ud paa fælleds Tarv, « saa blev og alt, hvad enhver især erhvervede, fælleds iblandt dem alle. »

[3] Savoir les biens meubles, qui, à l'exception de l'*Arvebod*, entraient pendant le mariage dans la masse conjugale, sans toutefois avoir été hérités.

qu'il n'y avait pas d'héritier mâle, soit fils ou autre parent, la part de la mère était égale à celle des filles. Toutefois le mari avait droit, avec les enfants communs des deux époux, à un lot viril complet dans les terres patrimoniales de la femme décédée, avantage que la loi ne reconnaissait pas à la veuve. La Loi de Jutland s'éloigne toutefois de ces dispositions, en ce qu'elle n'admet pas, comme le font la Loi de Scanie et les deux Lois de Sélande, une communauté tacite des biens entre parents et enfants, mais bien entre mari et femme, le veuf recevant, d'après cette loi, un lot viril dans les terres patrimoniales de la femme, si l'union avait laissé issue mâle, mais autrement un lot égal à celui des filles [1].

Cependant il se forma peu à peu dans les villes de commerce une communauté universelle des biens. Ce régime, plus favorable à beaucoup d'égards aux intérêts commerciaux et industriels, pouvait y être plus facilement adopté, les immeubles situés dans les villes n'ayant pas pour la famille la même importance que ceux des campagnes. Aussi le droit des villes accordait-il à l'époux survivant *la moitié de tous les biens de la masse* [2].

L'Ordonnance de 1547 du roi Christian III apporta la modification suivante aux dispositions des coutumes provinciales : sans égard à la circonstance que les époux eussent ou n'eussent pas laissé issue, le survivant recevait toujours *la moitié de tous*

[1] Cf. Kofod-Ancher, *l. c.*, p. 368-72, et Kolderup-Rosenvinge, *l. c.*, I, 256-60.

[2] *Lundske Stadsret*, 28 (Kolderup-Rosenvinge, *Samling af gamle Danske Love*, V) : « Swa skal han oc gulfeste sik hôsfru til *halft bo* awlat oc-uawlat.» *Slesvigs ä Stadsret*, 7 (p. 312) : « Item mulier... Moriente marito in divi- « sione hereditatis *dimidium possessionis accipiat.* » *Flensborgs nyere Stadsret* (1284), chap. II, 2 : « Qvænæs lanzman til by eldær lanzquiunæ giftæs « til by, oc theræ brollup gôræs i by, *alt ther gooz, bothæ hus oc iorth,* « innæn thin by oc utæn, *scal væræ boscup, oc skiftæs iauænt i tu.* » — *Kong Hans's alm. Stadsret*, chap. XXXIII : « Bedis nogenn Mandt eller « Svendt til nogenn Mandz Dotther eller Fencke, da skall hunn hannem « saa giffuis : Jeg giffuer dig N. minn Dotther til Heder oc Hustru, till « halff Seng oc *halfft Bo*, til Laas oc til Locke oc *allt halfft wundit*, etc. » — Cf. Kofod-Ancher, *l. c.*, p. 372, note, et Kolderup-Rosenvinge, *l. c.*, I, p. 160.

les acquêts et de tous les biens meubles[1]; les terres patrimoniales[2] étaient, par conséquent, seules exceptées de la masse commune. Le *Code danois* (*Danske Lov*) promulgué, l'an 1683, par le roi Christian V, statua que tous les biens de l'époux décédé, tant les meubles que les immeubles, tant les propres que les acquêts, seraient divisés, entre le survivant et les enfants, en deux parts égales, dont le premier recevrait *l'une*, outre un lot viril dans celle des enfants. Ce lot devait toutefois leur être restitué lorsque le survivant convolait en secondes noces[3]. Si les époux ne laissaient pas d'enfants, le survivant avait le choix, ou de prendre la moitié tant des meubles que des immeubles, ou de céder seulement les trois quarts des biens propres du défunt aux héritiers, lesquels devaient s'en contenter[4].

Enfin, la nouvelle *Loi concernant les successions* (*Arvelov*), du 21 mai 1845, statue : qu'il ne sera, désormais, plus tenu compte des apports; que, lorsque l'un des époux meurt laissant issue, le survivant reçoit, outre la moitié des biens, un lot fraternel (*Broderlod*) ou lot viril, au prorata du nombre des enfants; que, s'il n'y a pas d'enfants, mais d'autres héritiers, le survivant reçoit la moitié des biens conjugaux, plus un tiers de la moitié

[1] Christian III:s « Kjobenhavnske Recess, » 1547, chap. XXVIII (Kolderup-Rosenvinge, *Saml. af gamle danske Love*, IV), « Item *skat Hustruen nyde* « *halff Kjöbeiordt, Boo, Boskaff, oc halfft udi alle Lössöer*, effter hindis « Hoossbonde, huadt heller hun haffver Barn wedt hannom eller icke; » ce paragraphe se retrouve mot pour mot dans l'article 52 du *Koldinske Recess* de 1558, du même roi.

[2] Kofod-Ancher, *Saml. Jur. Skrifter*, II, p. 372, note de Schlegel : « Ved « disse Bestemmelser var det saakaldte Arvebod allerede implicite bleven « afskaffet og Fælledskabet var fuldkomment i Henseende til alt hvad « Ægtefolkene ejede undtagen Arve-Jord. »

[3] Code danois (*Danske Lov*) de Christian V, 5-2-19 : « *Haver Husbond og* « *Hustrue Börn sammen* og enten af dem ved Döden afgaar, *da skiftis alle* « *efterlatte Midler*, Boepenge, Lösöre, Kiöhstædsgods, Jordegods, Kiöbegods « og *Arvejord i to lige Parter* imellem den Efterlevendis og fælis Börn; « *dog arver den Efterlevendis af de efterlatte midler foruden sin egen* « *Hovedlod een Broderlod.* » Cf. *Loi norw. de Christian V*, 5-2-19.

[4] C. D. Chr. V, 5-2-20 : « *Haver Husbond og Hustrue ingen Börn sammen*, « da, naar enten af dennem ved Döden afgaar, *stande det den Efterlevendis* « *frit for at træde til den heele Bois Lösöris og Jordegodsis lige Skiftning* og « Deelning med Arvingerne. Vil den det ikke, da bör den at udlægge til « Arvingerne tre fierde Deele af det, som den Afdöde i Boen hafde ind- « fört. » Cf. *L. N. Chr. V*, 5-2-20.

réservée aux héritiers du défunt, et toute la masse, s'il n'y a pas d'héritiers [1].

CHAPITRE V.

COMMUNAUTÉ DES BIENS D'APRÈS LES ANCIENNES LOIS SUÉDOISES.

I. — COUTUMES PROVINCIALES.

Avant de passer à l'exposé du développement de la communauté des biens entre époux d'après les anciennes lois de notre patrie, nous jugeons nécessaire d'appeler l'attention du lecteur sur deux faits dont nous avons parlé précédemment, savoir : la signification toute spéciale d'unité absolue, d'état dans l'état, que nos ancêtres attachaient à l'idée de famille, et l'importance que, par suite de cette idée, les terres patrimoniales avaient pour la famille.

La fortune confère toujours plus ou moins de pouvoir, d'influence ou d'autorité. Nos ancêtres n'ignoraient pas ce fait. Mais, pour qu'elle remplisse ce but, il faut qu'elle soit concentrée en aussi peu de mains que possible ; car, dès que la division en est permise, elle cesse, nos ancêtres ne l'ignoraient pas non plus, de produire les effets mentionnés. Aussi longtemps que les grandes fortunes étaient retenues dans les familles, aussi longtemps qu'elles restaient entre les mains de quelques individus seulement, elles constituaient une puissance qui savait faire valoir son importance dans la vie publique.

C'est ce qu'on sentait vivement, et la tendance de l'ancienne législation devait être de retenir autant que possible les biens dans le sein de la famille. Ce fait est surtout prédominant à l'égard des *immeubles*. Comme le remarque avec justesse l'illustre auteur de l'*Histoire du développement social de la Suède*, « la propriété de terres ou d'immeubles était une des conditions attachées à la jouissance de droits politiques complets. Plus la famille contenait de propriétaires fonciers, plus elle avait d'autorité et d'influence dans la vie publique, et plus était puissante la protection mutuelle que ses membres étaient en

[1] Voir l'*Ordonnance du 21 mai 1845*, « indeholdende nogle Forandringer « i Lovgifningen om Arv, » §§ 15-17.

état de se donner; il ne pouvait donc être indifférent que les terres possédées par la famille, prise comme un tout organique absolu, lui restassent en propre ou passassent à une autre famille[1]. » Pour nous résumer, les terres de la famille étaient un gage de l'indépendance de ses membres, et leur possession une condition *sine qua non* du droit de prendre part aux affaires publiques dans les assemblées générales (*thing*); enfin, la succession aux biens-fonds impliquait le devoir de défendre tant les intérêts de la famille que ceux de la patrie. Rien n'est donc plus naturel que de voir la législation de nos ancêtres non-seulement conserver les terres patrimoniales dans la famille, mais encore attacher la terre à la personne de ses membres mâles[2]. Cette double tendance ne se manifeste pas moins dans l'ordre des successions et dans les dispositions de la loi sur le droit de retrait, que dans celles sur le régime des biens des époux. Les lois de succession s'y rattachent tant par l'ordre dans lequel les membres de la famille avaient à succéder à l'héritage d'un parent défunt, que par le mode des partages entre plusieurs cohéritiers. C'est sous son influence que les femmes étaient primitivement exclues du droit de succession, si le défunt n'avait pas laissé de fils; que, même lorsque l'opinion publique concéda aux filles le droit de succéder avec les fils, on les voulut exclure des biens-fonds de la famille[3], et on ne leur donna en outre, au partage de la succession, que la moitié de la part des fils[4]. Les

[1] Nordström, II, p. 139.

[2] Cf. Järta, *l. c.*, p. 244.

[3] Ainsi la *L. U.*, S. S., 12, statue qu'une sœur n'aura aucune part dans le domaine principal (*bolby, hufvudgård*), mais seulement dans les petites terres détachées : « Taki syster j *um egnum*; » cf. *L. O.*, S. M., 3 : « *Humper ok haper.* »

[4] Bien du temps s'écoula avant que l'ordonnance promulguée en 1262 par Birger Jarl, sur le droit de co-succession des filles avec leurs frères, reçût force de loi dans les parties éloignées du pays; on tarda, sans doute, encore plus longtemps à concéder généralement à la femme la cohéritance à un même degré de parenté. C'est ce que montrent les deux Lois de Vestmanland et d'Ostrogothie, toutes deux postérieures au temps de Birger Jarl. — Il paraît que même vers la fin du dix-septième siècle, la cohéritance des femmes avec les hommes n'était pas encore entièrement reconnue en Finlande. Ce fait est prouvé par l'*Ordonnance royale à la Haute Cour d'Abo*, du 16 mars 1690 (en copie dans la collection des manuscrits de la Bibliothèque d'Upsal). La Haute Cour ayant rapporté que, dans les partages

mêmes motifs de conserver les terres patrimoniales dans la famille sont aussi l'origine des défenses ou des restrictions dans le droit de disposer des propres, soit par don entre-vifs, soit par testament. De la même source encore découle le droit des parents de racheter, à l'exclusion de tout étranger, les biens-fonds de la famille aliénés, et de les retirer par le droit de retrait (*jus retractus gentilitium*) en restituant le prix à l'acheteur, ainsi que de les réclamer dès qu'ils sont sortis de la famille par don entre-vifs ou par testament.

Les dispositions sur le régime des biens entre époux devaient nécessairement être en harmonie avec les lois de succession et le droit de retrait, et, pour cette cause, chercher surtout à prévenir dans les unions matrimoniales le passage des biens-fonds de la famille en des mains étrangères ; c'est en vue de cette dernière éventualité qu'on sentit la nécessité *de prohiber la communauté des propres*, idée qui se retrouve dans toutes nos coutumes provinciales. On considérait en outre comme appartenant, jusqu'à un certain point, à toute la famille, ce qu'acquérait l'individu, et on excluait, pour les mêmes raisons, de la communauté des biens entre époux, toutes *les terres acquises avant le mariage*.

Quoique, pour les causes indiquées plus haut, une catégorie particulière de biens ne pût tomber dans la masse commune au temps où les coutumes provinciales de notre patrie furent mises par écrit, le régime de la communauté appliqué à tous les autres biens était généralement reconnu comme une suite légale du mariage. La Loi de l'île de Gotland[1] (*Gotlandlagen*) fait

de successions, il avait été d'usage chez les paysans « que les frères se saisissent de tous les biens meubles et immeubles, ne laissant à leurs sœurs qu'une vache, quelques tonneaux de céréales, etc., » « *Een Koo, veepa*, « Lâåswacka och några tunnor Spannemahl, » et ayant demandé si, dans des causes analogues, les tribunaux « devaient juger d'après l'usage ou d'après la loi, » « om det effter den förre här tills öfwade wahnligheten « skall förblifva eller om Domarne böra i slijka mahl rätta sig effter « laghen, » le roi répond qu'il fallait « juger d'après la loi et non d'après l'usage, » « dömas stricte effter Lagh och intet *praxin*. »

[1] On a auparavant attribué un très-grand âge à la Loi de Gotland. Mais l'illustre éditeur des *Anciennes Lois de la Suède*, M. le professeur Schlyter, a démontré, dans la préface à son édition de cette loi (p. IX), que le texte original conservé jusqu'à nos jours ne date que de la fin du treizième siècle.

seule exception ; la communauté des biens lui est totalement inconnue. D'après cette loi, le régime des biens entre époux paraît avoir été, comme c'était l'usage dans des temps plus reculés, constitué lors de la convention des fiançailles (*mala thing*)[1]. A cette convention, le *sponsor* fixait une certaine dot (*haim fulgi*) qui ne devait toutefois pas dépasser 2 marcs d'or[2] ; le prétendant, de son côté, promettait un don pour l'obtention de la fiancée (*hogsel*), lequel appartenait en propre à cette dernière, et était, avec le reste des biens des époux, placé pendant le mariage sous l'administration du mari. Aussi, à la dissolution du mariage par la mort du mari, la veuve ne pouvait-elle revendiquer qu'un certain aliment pendant son veuvage, outre sa dot et le *hogsl oc ip*, dont nous donnons en note la signification[3]. Mais si la femme mourait sans enfants avant le mari, sa

[1] *Loi de Gotland*, I, 28, 5 : « At haim fylgi *a mala þingi* vt lufat, » « promis comme dot à la convention des fiançailles; » cf. II, 38, 5; III, 37.

[2] *Loi de Gotland*, I, 65 : « Tuar marcr gulz scal *fylgi* wara. Oc ai maira. » III, 81.

[3] Les opinions sont partagées sur la vraie signification des mots « *hogsl* « *oc ip*. » Ihre, *Glossarium Sveo-Goth.*, les explique par « portio illa quam « præcipuam post mariti mortem habet vidua ; » il ajoute que le mot *hogsl* vient du bas latin *osclum*, et de l'*ouscl*age des vieilles coutumes françaises. Cette dérivation nous paraît erronée. Hadorph, dans sa traduction de la Loi de Gotland, rend *hogsl og ip* par « fordeel (alt wärknat) oc idogheetz « wedergällning, » et *hogsl*, spécialement, tantôt par *dons nuptiaux*, tantôt par *Morgengabe*. — Schildener, notes 205 et 207 de l'édition de la *Gutalagh* (Greifswald, 1818), dérive *hogsl* de *hog*, *hug*, *mens*, *memoria*, ou de *hugna*, *delectari*, et le traduit en conséquence par : « Genugthuung für ihre (der « Frau) Beschwerniss, » « Ergötzung, » « zum tröstlichen Andenken und « Ersatze nach dem Gesetz, » « Verbesserung ihres Rechts (ergötzende « Genugthuung für die Weibsperson). » Cette dernière dérivation nous paraît plus admissible. — Nordström, *l. c.*, II, p. 58, pense que le « *hogsl oc ip* » signifie « *avantage* » (fördel) ou gain de survie à prendre sur la masse conjugale indivise, c'est-à-dire une espèce de rémunération de l'activité de la femme comme maîtresse de la maison. — Si même le mot « *ip* » peut être pris dans ce sens, nous doutons que le mot *hogsl* corresponde au « *fordel* » (avantage ou gain) de la nouvelle Loi des villes. Nous croyons, pour notre part, que le *hogsl* est le *mundr* des temps les plus reculés, c'est-à-dire un don du fiancé pour l'obtention de la fiancée. On sait que le *mundr* indiquait jadis le mariage légal, de sorte que la formule *kona mundikeypt* ou *mundigipt* (femme achetée ou mariée par *mundr*) désigne la femme légitime. Il en paraît avoir été de même du *hogsl*. C'était

dot retournait à celui qui l'avait constituée [1]. Ces dispositions trahissent un âge très-reculé ; elles sont essentiellement en harmonie avec les récits de nos vieilles Sagas sur les anciens usages de nos ancêtres relativement au régime des biens entre époux ; elles offrent enfin de grandes analogies avec les dispositions des coutumes irlandaises et norwégiennes sur les droits de la femme à l'égard des biens conjugaux, au temps où le régime de la communauté n'était pas encore entré en vigueur.

donc un don obligatoire d'amitié et d'estime, prouvant tout à la fois la sincérité de la demande en mariage, et l'honneur qui devait accompagner la femme comme épouse légitime. Tout homme coupable de séduction envers une femme devait, pour réparer l'honneur de cette dernière, lui donner le *hogsl* « vorbesserunge eres rechtes, » dit la traduction en bas allemand de la *Loi de Gotland*, II, 23, on « HOGSLA *hana.* » (Cf. la disposition de la *N. L. V.*, S. M., 9, sur ce que la séduction d'une fille peut être réparée par des fiançailles et la constitution d'un *vingiœf* (don amical) au bénéfice du *sponsor*). Le *mundr* revenait dans le principe au *sponsor*, quoiqu'il ait été, dans la suite, concédé par l'usage à la fiancée ; de même, d'après la Loi de Gotland, le *hogsl* appartenait au père ou au frère de la femme « sum hogsl aigu upp taka, fapir epa broþir, en han ogipt ier, » 20 15). Dans son Glossaire à sa nouvelle édition de la Loi de Gotland, M. Schlyter rend *hogsl* par : « une certaine part des biens, qui revenait à la femme après la mort du mari, mais dont le montant est inconnu. » Il remarque ensuite que ce mot est d'origine allemande : « Potius deri- « vanda videtur ab *hoge*, lætitia, *hogen*, *upphogen*, lætum facere, ut pro- « prie significet solatium vel ægritudinis levamen. » Il donne, en outre, une seule et même signification aux mots *hogsl* et *iþ*. — En admettant que cette étymologie est la plus vraisemblable, *hogsl* nous paraît avoir signifié dans le principe le don constitué par le fiancé pour *réjouir* la fiancée, lui *plaire*, ainsi qu'à ses parents, et, plus tard, le don honorifique qui indiquait le sérieux de sa demande en mariage, et l'honneur dont la femme légitime serait l'objet.

[1] *Loi de Gotland*, 20, 5 : « En þann custr sum *hennj fylgir þar i Garþ* « *þa taki slican yr Garþi* sum haan i qvam, » (mais quant aux biens qui l'ont suivie au domicile conjugal, qu'elle les reprenne comme elle les a reçus), 7 : « Þa *en cuna ir gipt af garþi miþ haim fylgi* oc gangs eptir « hana, þa liautz atr i garþ sama sum han af giptis, » (si une femme mariée avec dot ne laisse pas de fils, la dot retourne à celui qui l'a constituée, litt. : au domicile d'où elle (la femme) a été mariée), 8 : « Þet iru oc lag « et *cuna liautr hogsl oc iþ* eptir bonda senn : ... En giptis hun fran « harnum sinum lifandum, þa *haft hogsl oc iþ. Oc ai maira.* » (La loi est encore que la femme hérite le *hogsl* et l'*iþ* après son mari... Mais se marie-t-elle en ayant des (litt. : se marie-t-elle de ses) enfants du premier lit, qu'elle ait le *hogsl* et l'*iþ*, et rien de plus).

Quant au régime de la communauté des biens établi par nos anciennes coutumes, nous croyons devoir, pour donner à l'exposition de notre sujet toute la clarté nécessaire, le considérer sous les quatre points de vue suivants :

1° Le temps où la communauté entrait en vigueur ;
2° Les biens soumis à la communauté ;
3° La part de chaque époux dans les biens communs ;
4° Le temps où le partage de ces biens avait lieu.

1° *Entrée en vigueur du régime de la communauté.*

La communauté des biens étant, d'après nos anciennes coutumes provinciales, un droit attaché au mariage légitime, on la considérait comme entrant en vigueur dès que le mariage avait été consommé ; or, suivant les idées du temps, il l'était aussitôt que les époux avaient couché une nuit ensemble. La plus complète harmonie règne à cet égard entre nos anciennes coutumes et les plus anciennes lois des autres peuples de la souche germanique [1]. La Loi de Vestrogothie s'exprime comme suit : « *Paghær þer kumæ baþi a en bulster ok vnþir ena bleo. þa a hvn þridiungh i bo* [2], » c'est-à-dire : dès qu'ils viennent tous deux sur le matelas et sous le drap communs, elle (la femme) a le tiers des biens de l'association. La Loi d'Ostrogothie exige la bénédiction nuptiale [3], mais elle déclare expressément que les droits juridiques du mariage ne commencent que du moment où les époux se sont couchés publiquement dans le même lit commun (*ganga baþin ippenbarlika i siang saman*) [4]. Les deux Lois de Vestmanland, ainsi que celle de Sudermanie, statuent que, lorsque la fiancée quitte la maison paternelle pour le domicile conjugal, les garçons de noce sont responsables de toutes les insultes auxquelles elle peut être exposée pendant le trajet,

[1] Voir, à l'égard des plus anciennes sources du droit des Germains méridionaux, p. 388, note 1, et, pour la Grágás et les lois norwégiennes, p. 377. Cf. en outre, Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, p. 440-41.

[2] *A. L. V.*, S. M., 9 ; *N. L. V.*, S. M., 15. Cf. S. M., 2 ; *N. L.*, S. M., 2.

[3] *L. O.*, S. M., 6, pr. : « Nu siþan fæst ær : *þa skal uighia.* »

[4] *L. O.*, S. M., 7, pr. : « Nu siþan þön æru vighz ok *ganga þön baþin* « *ippenbarlika i siang saman.* Æ huat hældær þön giptas ællær egh : *þa* « *ær hon kumin til alzs rætzs mæþ hanum ok han a baþi suara ok sökia* « *firi hana.* » Cf. Schlyter, *Juridiska Afhandlingar*, I, p. 157.

« jusqu'à ce qu'elle soit venue au drap et au matelas (*þær til hon a blöio oc bolstir combir*), » mais elle est dès lors sous la garde et la protection du mari [1]. Dès ce moment aussi commence l'autorité maritale, comme le déclarent expressément les Lois d'Ostrogothie et de Helsingland [2].

2° *Biens soumis au régime de la communauté.*

A. *Biens meubles.* — La preuve que les biens meubles étaient soumis au régime de la communauté est fournie par la nouvelle Loi de Vestrogothie (*Section des successions*, 8 : « *Lösörœ allæ*... þa hon giptis til [3], » c'est-à-dire tous les biens meubles dont la femme aura le tiers par le mariage), ainsi que par celle d'Ostrogothie (*Section des mariages*, 7, pr. ; 22) [4]. Les lois de la Gothie ne paraissent pas avoir fait de différence entre les meubles hérités et les meubles acquis. Par contre, elles exceptaient de la communauté ce qui avait été expressément donné comme dot ou *omynd* [5]. La Loi de Vestrogothie statue en conséquence

[1] *A. L. W:d.*, S. M., 2 : « Þe sum gen kunu riþa skulu hænne heem « warþa. Firi allum misfallum. *Þær til hon a blöio oc bulstir combir. Þa ær « bruþ i bondans sins wardnaþi.* » Cf. *N. L.*, S. S., 2, 1 ; *L. S:d.*, S. M., 3, 1.

[2] *L. O.*, S. M., 7 (voir p. 399 note 1). *L. H.*, S. S., 2 : « *Kombr bruþ ii « sæng mæþ bondæ sinom.* Þa aa han foræ hana *baþæ swarœ ok sokiœ.* »

[3] *A. L. V.*, S. S., 6 ; *N. L.*, S. S., 8 : « Dör kona a barn i hæskap. Þa « skal þen ynsti colder arf takæ. *Lösörœ œllæ.* Oc iorþ þa þe köpt hauæ i « garþe. Ok sva ælmænningz iorþ alla *þa hon giptis til.* »

[4] *L. O.*, S. M., 22 : « Nu æruir hon bygt bo æftir barn sin. Alt *þæt bondin « före sik innan garzs ok grinda stolpa.* Þær a han af tua lyti ok *husfrum « þripiungh.* » — Cf. *Eþ.*, 18.

[5] D'après la *L. O.*, S. M., 1, l'*omynd* était divisé en trois parties, savoir : les objets de literie, la terre, et l'or ou l'argent : « Skal först mæla allum « frælsum kunum bulstær at hoſþe. At andru *eghu* æn hon ær til. At þriþia « *gull* æn þæt ær til ællæ *siluær.* » La terre que la femme pouvait obtenir par héritage ou d'autre manière, appartenait aussi à l'*omynd*, dans lequel entrait même, dès qu'elle convolait en secondes noces, sa part dans les immeubles acquis pendant le premier mariage. Voir S. M., 16, pr. — Les nombreuses et minutieuses dispositions que contient la *L. O.* pour la conservation de l'*omynd* et sa restitution aux héritiers de la femme si celle-ci mourait sans enfants, témoignent des efforts que l'on faisait pour conserver la terre dans la famille. — Nordström, *l. c.*, II, p. 29, note 57, explique l'*omynd* ou *urmynd* par « les dons que la famille faisait à la femme lorsqu'elle sortait de sa puissance (*mund*) ; mais pour les raisons énoncées plus haut, nous ne trouvons pas cette explication admissible. le *mund* ne signi-

que, dans le partage de la succession, la dot sera déduite et ne pourra entrer dans la masse commune des époux[1]. La Loi d'Ostrogothie dit encore plus expressément que les meubles faisant partie de la dot ne peuvent être mis au nombre des biens communs, et doivent être retirés de la masse avant le partage des biens conjugaux[2].

Quant aux lois du Svealand, celle d'Upland déclare qu'à l'exception de l'or et des esclaves (*utæn gull ok hemæ hion*)[4], tous les biens meubles, apports ou acquêts, appartiennent à la masse commune. Les mêmes dispositions se retrouvent dans la nouvelle Loi de Vestmanland[4] et dans celle de Helsingland[5], cette dernière ne faisant toutefois mention ni d'or, ni d'esclaves. La Loi de Sudermanie déclare de même tous les biens meubles soumis, sans exception, au régime de la communauté[6]. Il est à

tiant nulle part, dans les anciennes lois du Nord, la puissance du chef de la famille sur la femme. »

[1] *A. L. V.*, S. S., 5 : « Þa skal *af takæ hemfylgh* sinæ alt þet ær vnöt ær. « hun ællær hænæ börn. » *N. L.*, 7.

[2] *L. O.*, S. M., 7 : « Þa ær hon kumin til alzs ræts mæþ hanum. . . Ok « sua æn hon dör barnlös : þa a han alla lösöra *utan omynd* af gozs hænna : « ok hon a þriþiung af hans gozs æn han dör för. » S. M., 15 : « Nu skipte « kona uiþer baru sin ok bonda sins arua : *þa skal hon omynd sina först af « oskiptu bo taka.* » — S. M., 10, pr. : « *Ok omynd hænna skal rættum « arua ut fa.* Bulstær at förstu, etc. »

[3] *L. U.*, S. S., 3 : « Han a kona manni giptæ til hepær ok til husfru. Ok « til siæng halfræ. Til lasæ ok nyklæ ok *til laghæ þriþiungx i allu han a.i. « lösörum. Ok han afflæ fa. Utæn gull ok hemæ hion* til allæn þæn ræt. « Ær uplænzk lagh æru ok hin hælghi erikær kumungær gaff. . . Nu ærowir « bonde ællr husfru frændær sinæ. *Ærfwir bapi iorþ. Ok lösöræ. Þa aghi « lösöræ bapin.* » — S. S., 7, 1 : « Nu gangær hun a giptu apræ. Ok barns « hænnær fæþærni ær mæþ hænna. Innæ þa skal. För barna fæþærnæ un- « dæn skiptæs. Ok taki þer fyrstunni *twa loti aff lösörum.* » — S. S., 10, pr. : « Ok hint *gangi allt til skiptis bapi þæt bonde ok husfru attu i lösörum.* » Cf. S. S., 9, 1.

[4] *N. L. W: d.*, S. S., 3 ; 8, 1.

[5] *L. H.*, S. S., 3, pr. : « Ok til *alz þæs han a æller han afrolæ fa i lözö- « rum*, etc. ; » cf. § 1, et tit. IX. — On doit se rappeler que la Loi de Helsingland était aussi en vigueur en Finlande, probablement parce que la plupart des colons suédois qui s'établirent en Finlande, venaient du Helsingland.

[6] *L. S: d.*, S. M., 3, 3 : « Gipningar allar þær samman æru comnar med « laghum supermanna. Aghi maþer twa lyti i *lösum penningum* þeræ ok « kuna þriþiung. »

propos de faire remarquer ici que les anciennes lois suédoises mettaient dans la catégorie des biens meubles de la communauté *les bestiaux élevés dans la ferme* (*le croît*) et les produits des terres des deux conjoints, même si ces terres leur étaient *venues par héritage*. Quoique ce fait ne se trouve expressément mentionné que dans la Loi de Vestrogothie [1], il était probablement d'une application générale [2].

B. *Immeubles acquis pendant le mariage.* — Les lois de la Gothie et celles du Svealand offrent une concordance parfaite à l'égard de cette catégorie de biens [3]. La Loi de Vestrogothie met au nombre des biens communs, avec les meubles et les immeubles achetés après l'entrée en mariage [4], l'*almænningsiorþ* [5], ou défrichements faits dans les forêts communales. La Loi d'Ostrogothie place, comme nous l'avons dit, la bénédiction nuptiale au nombre des formalités nécessaires à la contraction du mariage légitime, mais elle considère, toutefois, les droits résultant du mariage comme n'entrant en vigueur qu'après la première cohabitation. Pour cette cause, les immeubles acquis avant cet acte (avant « qu'ils entrassent ensemble dans le lit, *þön koma i siang saman* ») étaient exclus de la communauté. Il

[1] *A. L. V.*, S. S., 16 : « Siþan ær hion tu koimæ saman, takkær annat « þerræ arf... *Þæt sum af födis, æghu þæt baþi.* » § 2 : « Tæþær maþær « bo at arvi... skulu *baþi hion avaxt aghæ.* » — Cf. *L. O.*, S. M., 22.

[2] Les *amendes*, le *vingæf* et d'autres dons, tombaient aussi dans la masse commune. — *A. L. V.*, S. S., 18, 2; *N. L.*, S. S., 26 : « Saræ böter ok « hardaghæ böter ok vingiæfuær aghe þe *baþi at takæ* ok lukæ af sinum « bo pæningum æller af köpe iorþum. »

[3] *A. L. V.*, S. S., 6, pr.; *N. L.*, S. S., 8; *A. L., Section des immeubles* (Jorda Balken), 4, 9; *N. L.*, S. L., 11 : « Værþæ *iorþ farin siþæn hion tu* « *komæ samæn þa ær hun bæggiæ þerræ.* » — *L. O.*, 7, 16, pr. — *L. U.*, S. S., 9, 1 : « *Allt þæt bonden ok husfrun kiopæ samæn. baþi i iorþ ok lösö-* « *rum.* þæt kallær siængæ köp. *aghi husfrun þriþiung.* ok bonden twælö- « tinæ. uti *bolköpinu.* Liuiæ þe swa sæliæ sum kiöpæ. gangi þa a husfrunæ « lot þriþiungær. ok twe lötir a bonden. » — *L. S. d.*, S. M., 33 : « Kunnu « þön *iorþ afla mæþan þön saman æru. aghi oc mær maþer af twa lyte.* « oc kuna þriþiung. » *A. L. V. d.*, S. M.; *N. L.*, 5 : « Æru hion comin « suman meþ lagh oc lanz ræth. Þöm kunnu pænninga ökias döa barnlös. « dör mannin, *taki kunan af sænghar cöpi þriþiungin.* » *N. L.*, S. S., 8, 3; *L. H.*, S. S., 9.

[4] *N. L. V.*, S. S., 8 : ... « Lösöræ allæ. ok iorþ þa þe köpt hauæ i « garþe. ok sva *almænningss iorþ alla þa hon giptis til.* »

[5] Voir *Glossaire* à la *L. V.*

existait toutefois une exception, savoir : que si l'un des époux avait acheté une terre après la bénédiction nuptiale, et que celle-ci n'eût jamais été suivie de la cohabitation, la terre, ne tombant pas dans la masse commune, retournait aux héritiers du défunt [1]. Qu'il nous soit permis d'ajouter que les outils et instruments agricoles paraissent avoir suivi les destinées de la terre, de sorte que si cette dernière avait été acquise pendant le mariage, ces outils étaient communs, et *vice versa* [2].

Les lois du Svealand nomment tantôt *bolköp*, tantôt *sængakop* [3], les acquêts mobiliers et immobiliers soumis au régime de la communauté. La part respective du mari ou de la femme entrait, lorsque l'un ou l'autre convolait en secondes noces, dans les biens communs des nouveaux époux [4].

La formule matrimoniale (*giptarmal*) donnée par la Loi d'Upland, la nouvelle Loi de Vestmanland et la Loi de Helsingland ne mentionne qu'une communauté des biens meubles [5]. L'explication de ce fait se trouve peut-être dans la circonstance qu'au

[1] *L. O.*, S. M., 7 : « Nu æn hon dör för æn þön koma i siang saman þa a « han ængte af hænna gozs taka : æn þo at þön vighþ sen : Nu æn annat « þerra *köpir iorþ siþan þön vighþ æru ok för æn þön koma i siang saman* « ok koma siþan ok dör barnlöst annat þerra : þa æruir þæt þerra sum « æftir liuær sua sum för uar saght af þerre eghn sum för uar köpt. *ok* « *koma þön egh saman : þa æruir rættær ærui.* »

[2] Cf. *A. L. V.*, S. S., 16; S. M., 9, 2; *N. L.*, S. S., 20, 21 : « Konæ takær « þriþiung i bo. » Le mot *bo* signifiait une terre, avec les biens meubles qui s'y trouvaient ; voir *Gloss.* à la *L. V.* Les bois de construction abattus et le matériel nécessaire à l'exploitation des moulins, suivaient aussi le sort de la terre. *N. L.*, S. S., 26 : « Konæ taker þriþiung i bo... siþan « *tymber* ok *möllno refue*. þa *skal alt skiptæ sum bo*. » — *L. O.*, S. M., 16 : « Þa æruir bondin *sua köpu eghn sum alt bo fœ* ; » 22 : « Nu *æruir hon bygt* « *bo* æftir barn sin. alt þæt bondin före sik innan garrs ok grinda stolpa « þær a han a tua lyti ok husfrun þriþiung. *Alt þæt sum kuart standær* « *þæt fylgir alt omynd. Hus ok alt bo fœ.* »

[3] *L. U.*, S. S., 9, 1 : « Allt þæt bondin ok husfrun kiöpæ samæn. hapi i « iorþ ok lösörum. Þæt hallær *sængæ köp*. aghi husfrun þriþiung ok bon- « den twælötinæ aff bolköpinu. » S. L., 4, 6. — *L. V: d.*, S. S., 8, 3. — *L. H.*, S. S., 9.

[4] *L. U.*, S. S., 7, 1 : « Ok siþan giftis mannin til *twæggiæ lotæ. j. þriþiung* « hænnær ; » et *N. L. V: d.*, S. S., 8, 1. La *L. O.* fait toutefois exception (voir *ibid.*, 16, pr.) ; voir page 400, note 5.

[5] *L. U.*, S. S., 3, pr. Voir plus haut page 401, note 3. — *N. L. V: d.*, S. S., 3. — *L. H.*, S. S., 3. — Cf. *L. U.*, S. S., 10, pr., et *L. S: d.*, S. M., 3, 3.

temps où le régime de la communauté fut reconnu comme basé sur la coutume générale du pays, les biens meubles tombaient seuls dans la masse commune[1]. Le régime des biens étant, comme nous l'avons dit plus haut, déterminé par la formule matrimoniale, il ne pouvait, par conséquent, y être fait mention que des meubles. Il est probable que cette formule s'est conservée traditionnellement depuis le temps où le régime de la communauté était limité aux biens meubles, et qu'elle a ensuite été insérée sans modification dans les lois. Suivant la Loi d'Upland[2], le roi saint Eric aurait institué, dans la seconde moitié du douzième siècle, le régime de la communauté des biens entre époux. Mais cette donnée signifie, sans aucun doute, purement et simplement que saint Eric sanctionna la coutume, déjà en usage de son temps, d'accorder à la femme, dès qu'il n'en avait pas été décidé autrement lors de la convention des fiançailles, le tiers des apports et acquêts mobiliers des époux. Il n'est pas vraisemblable qu'il ait introduit un principe nouveau à cet égard. Toutefois, il est probable que l'on commença d'assez bonne heure à faire entrer dans la communauté conjugale les immeubles acquis pendant le mariage; on ne les considérait, assurément, que comme des équivalents des dettes payées avec les deniers communs. Cette supposition à l'égard de l'extension du régime de la communauté aux acquêts nous semble constatée par la circonstance que l'ancienne Loi de Vestrogothie, rédigée au commencement du treizième siècle, confère déjà à la femme le droit au tiers des biens de cette catégorie. Quoique les lois du Svealand soient d'un siècle plus jeunes que l'ancienne Loi de Vestrogothie, la formule matrimoniale donnée par elles ne fait, comme on l'a vu plus haut, aucune mention des acquêts immobiliers. La cause en est peut-être que, mus par un pieux respect, les rédacteurs de ces lois n'ont pas cru devoir modifier une formule consacrée par la coutume, et devenue l'objet d'une certaine vénération. Ils ont préféré instituer ailleurs, dans les mêmes lois, le droit de la femme au tiers (*laga þriþiung*) de ces immeubles.

[1] On doit se rappeler qu'en Norwége, d'après la Loi de Frostathing, la communauté légale ne comprenait, à la règle, que les biens meubles.

[2] *L. U.*, l. c.

Comme les anciennes lois norwégiennes et danoises, nos coutumes provinciales excluaient de la communauté conjugale les biens acquis par héritage [1] (*arfvejord* [2], terres héritées). La cause en était assurément celle dont nous avons parlé plus haut, la conservation de la fortune dans la famille, afin de garantir l'indépendance et l'influence politique de ses membres. Il paraît avoir suffi qu'un immeuble passât une seule fois en héritage dans la famille pour qu'il entrât dans la classe des propres [3]. Cependant, quelques passages de nos coutumes provinciales [4] montrent qu'il fallait plusieurs générations pour conférer définitivement aux acquêts immobiliers la qualité de propres [5].

Etaient encore considérés comme propres :

1° Les terres qu'un héritier recevait en échange de biens-fonds appartenant à son héritage (*surrogatum naturale*) [6], et les immeubles achetés avec les deniers provenant de la vente de biens-fonds hérités [7] ;

[1] *A. L. V.*, S. S., 16; *N. L.*, S. S., 21 : « Takær maþær *bo at arvi*... « skulu *baþi hion avaxt aghæ*... þy gipflær bondæ þæm manni dottor « sinæ ær tils arfs standær. at þer viliæ *baþi afvæxt æghæ*. » On peut tirer de ce passage la conclusion indirecte que la *terre* même ne tombait pas dans la masse commune. Cf. *A. L.*, S. I., 4, pr.; *N. L.*, S. I., 9 : « Konæ « sæl iorþ sinæ ællær maþær laggær eig. i. bo. kõpir sæ iorþ aþræ. *Þæt* « *ær þæs þerræ ær iorþæ wærþi atti.* » — *L. O.*, S. M., 16 : 16 : « Ok *omynd* « *hænna skal rættum arua ut fa*... Nu ær *eghn* at andru hofþe alla þa « *eghn* hon kan fa agha ok ærua. *Hon a til omynd ganga*, etc. » Cf. S. M., 22. — *L. U.*, S. S., 3, 1 : « Nu arfuir bonde ællr hus-fru frændær sinæ. « *Ærfwir baþi iorþ. ok lõsöræ*. Þa aghi lõsöræ baþin. *Ok iorþ aghi þæt þeræ* « *sum ærfwir.* » *L. H.*, S. S., 3, 1.

[2] L'*arfvejord* apparaît dans nos coutumes provinciales sous les différentes dénominations de *arftakin iorþ*, *fæþerni iorþ*, *byrþ*, *gammal byrþ*, *fasta fæþerni ok alda opal*. — Voir *Gloss.* de la *L. V.* et de la *L. U.*; cf. Schrevelius, *Om arfvejord* (*Jurid. Arkiv*, VII, p. 168 et suiv.).

[3] Cf. Schrevelius, *l. c.*, p. 179, et Nordström, *l. c.*, II, p. 141.

[4] *L. S: d.*, S. S., 2, 1. Cf. *L. G. d.*, I, 20, 2.

[5] Les lois norwégiennes contiennent des dispositions très-précises sur le temps nécessaire pour conférer à la terre la qualité d'*opelsjord* (propres), soumise à l'*Opelsrätt* (droit des propres) ; voir *A. L. N. G: g.*, 270; *N. L. C. N.*, VI, 2.

[6] *N. L. V.*, Add. II, 11. — *L. U.*, S. I., 8, pr. : « Skiptæ mæn egnum « æ *hwar man skiptir iorþ þa wæri þæt byrþ hans han j. skipti far.* » — *N. L. V: d.*, S. I., 3, pr., *L. H.*, S. I., 8.

[7] *L. U.*, S. I., 2, 3 : « *Sæl man fæþerni* sitt. ællær oc skiptis. i. enum « staþ. ok *kiõpir*. i. *aþrum þæt ær fæþærnis iorþ* ok æt afflinge iorþ. » *L. S: d.*, S. I., 2, 2. — *N. L. V: d.*, S. I., 2, 2.

2° Les immeubles achetés d'un membre de la famille et ceux aliénés à un tiers, mais rachetés en vertu du droit de retrait [1]. Le fait que les immeubles acquis par le droit de retrait étaient considérés comme des biens-fonds hérités, était une conséquence nécessaire des idées de nos ancêtres à l'égard des biens propres ; aussi les coutumes provinciales ne connaissent-elles pas, entre les biens-fonds hérités et les immeubles acquis par le droit de retrait, la distinction qui se trouve encore dans notre Code actuel.

Etaient encore exclus de la communauté conjugale les immeubles acquis [2] avant la consommation du mariage par la cohabitation [3]. La cause de cette exception est, sans doute, celle mentionnée plus haut, savoir : qu'aux immeubles acquis avant son mariage par un membre de la famille, celle-ci avait déjà des droits que ne pouvait ni diminuer, ni anéantir un mariage postérieur. Ils appartenaient donc à la famille, et devaient lui être conservés [4]. Enfin, nous remarquerons en terminant que les *moulins* et les *cours d'eau* [5] étaient aussi placés dans la catégorie des propres pour les mêmes causes que les biens-fonds.

3° *Part de chacun des époux dans les biens de la communauté.*

Nos coutumes provinciales concordent à cet égard tant avec la Grágás qu'avec les anciennes lois norwégiennes : elles sta-

[1] *L. U.*, S. I., 2, 4 : « Allæ afflingæ iorþ hun a æi byrþæmannum biu- « þæs... utæn iorþ se mæþ arff til komin. ællr hawær man byrþ kiöpt aff « byrþæmanni. » *N. L. V: d.*, S. I. F., 2, 3. — *L. S: d.*, S. I., 2, 3.

[2] *L. O.*, S. M., 16, pr. — *L. U.*, S. S., 9, 1. Il est dit dans ces deux lois que la terre acquise par les époux *pendant* le mariage, appartient à la masse commune. On peut en tirer, *e contrario*, la conclusion que les immeubles acquis *avant* le mariage étaient considérés comme propres. Cf. *L. S: d.*, S. M., 3, 3. — *L. H.*, S. S., 9. — *N. L. V: d.*, S. S., 8, 3. — *A. L. V: d.*, S. M., 11, 5 : « Æru bion comin suman meþ lagh oc lanz ræth... « dör mannin taki kunæn af sænghar cöpi þriþiungin. Mannin twa lutina. « *Hafþi fyrra æghur suman. Gangi hwar til sins.* »

[3] Pour la disposition divergente contenue dans la *L. O.*, S. M., 7, pr., voir plus haut, note 1, p. 403.

[4] Voir dans la *L. O.*, S. S., 9, 10, une indication du droit commun des membres de la famille sur les acquêts immobiliers.

[5] *N. L. V.*, Add., II, 5 : « Wil maþer ællær konæ arftaknæ oþalz iord « sinæ sæliæ. *Oþol wain ællr oþol wain wærk.* Þe ok ærftækin æro. Þa skal þen sæliæ wil. Arfwom sinum laghbyuþæ, etc. Cf. *N. L.*, 9, 11.

tuent invariablement, pour le mari, *les deux tiers*, et pour la femme *le tiers* des biens communs [1]. La part de la femme y est nommée son *tiers légal* (*laga þriþiung* [2] *rætter þriþiunger sum hun giptis til* [3], *bos loter* [4]), mais ordinairement *þriþiung i bo* [5]. C'est pourquoi on disait qu'elle était *mariée au tiers* (*gipt til þriþiungs*) [6], et le partage qui avait lieu à la dissolution du mariage était, pour la même cause, nommé *partage au tiers* (*þriþiungs-skipti*) [7]. Ce qu'elle recevait de la sorte pour sa part est déclaré un droit attaché au mariage légitime [8]. Mais quoique cette base de partage constituât la règle [9], on trouve dans les lois provinciales des exemples de partages à lots égaux, savoir : dans les mariages entre un esclave libéré (*frælsgiui*) et une es-

[1] *A. L. V.*, S. S., 5, 18, 24, 25; S. M., 9; *N. L.*, S. S., 7, 26, 33, 35; S. M., 16, 18; *L. O.*, Vap., 33, pr.; S. M., 7; pr., 15, 16; pr., 22, 29, 1; S. S., 9. — *L. U.*, S. S., 3, pr., 7; pr., 2; 9, 1; S. I. F., 4, 6; — *L. S. d.*, S. M., 3, 3; — *A. L. V. d.*, S. M., 11, 5; *N. L.*, S. S., 3, 8; pr., 3. — *L. H.*, S. S., 3, 7, 8. 9.

[2] *L. U.*, S. S., 3, pr. : « Giptæ til hepær ok til husfru. Ok til siæng halfvæ. Til lasæ ok nyklæ. Ok *til laghæ þriþiunx.* » S. S., 7, pr. — *N. L. V. d.*, S. S., 3, 8, pr. — *L. H.*, S. S., 3, 7.

[3] *L. O.*, Ep., 18 : « Ok allan hænna *rættan þriþiung sum hon giptis til.* Þa takin hænna arua af hans gozs; » cf. 19.

[4] *A. L. V.*, S. M., 5, 1 : « Verþer hun eigh varp. Þa skal hun gangæ fræ « bo ok *bostot.* i. hvarþax clæþum sinum. » *N. L.*, S. M., 5, 6.

[5] *A. L. V.*, S. M., 9; *N. L.*, S. M., 16 : « Sva ær firi gipt at skiliæ. « Þaghær þer kumæ bapi a en bolstær ok unþir ena bleo. Þa a hon *þri-* « *þiungh i bo*, etc. »

[6] *N. L. V.*, S. M., 3 : « Gifs vingiæf. *Þa giptis hun til þriþiungs.* »

[7] *A. L. V.*, S. M., 4; *N. L.*, S. M., 3 : « Huaru staþ hindradaxgæf ær. « Þa ær *þriþiungs. skipti a fæ* þerræ. »

[8] *L. O.* Ep., 19 : « Þa taþær hon ængte af hans gozs ok egh hindradaxs « gæf. ok ængin þan *ræt sum hon uar gift til* ælla giuin; » cf. S. M., 7, pr.

[9] Les cinq *härads* (les *härads*, ou *hundaris*, constituaient jadis l'ancienne subdivision militaire, politique et administrative des provinces suédoises. Ils comprenaient probablement, dans le principe, le territoire occupé par un nombre de cent familles d'hommes libres ou propriétaires fonciers. Le *härad* ne constitue guère, actuellement, que le ressort d'une juridiction de première instance (*häradsrätt*), qui toutefois ne s'étend pas aux villes du *Smaland*, lesquelles ont un tribunal spécial (*rädstufvurätt*); ces villes, qui forment l'ancien *Wärend*, ont, depuis le treizième siècle jusqu'à nos jours, fait exception à cette règle, en ce que les femmes de paysans y ont eu un lot égal à celui du mari. Ce droit fut spécialement ratifié par une *Ordonnance royale du 26 juin 1772.*

clave née dans la maison de son maître (*fostra*), lorsque ni don des fiançailles (*vingæf*), ni Morgengabe (*hindradagsgæf, don du second jour*) n'avaient été payés [1].

4° *Époque du partage des biens de la communauté.*

Quoique la femme eût acquis, par la consommation du mariage, un droit au tiers des biens communs, elle ne recevait, aussi longtemps que durait le mariage, aucun droit de disposition sur sa part, laquelle était, avec ses biens propres, placée sous l'administration du mari [2]. Il ne lui était permis qu'exceptionnellement, pendant l'absence de son mari ou dans des cas de détresse, de disposer des biens communs et de les vendre [3]. C'était seulement à la dissolution du mariage que sa part dans les biens communs était connue dans son montant effectif. Dès que les terres héritées ou les propres de chaque époux, parmi lesquels on comptait la dot (*omynd*) de la femme, avaient été séparés de la masse [4], on partageait les biens communs. L'homme, ou, s'il était mort, ses enfants et ses autres héritiers prenaient sa part, et *vice versa* pour ce qui concerne la femme. Mais nos coutumes provinciales déclarent en même temps que la femme pouvait forfaire ses droits en se rendant coupable *d'adultère* [5],

[1] *A. L. V.*, S. M., 4, 2; *N. L.*, S. M, 3 : « Far frælsgiui. fostro. giffs « eigh uin gæf ællær hindradax gæf. *Þa giptis. Hun til halfnings.* »

[2] Le droit d'administration du mari était soumis à plusieurs restrictions tendantes à protéger les droits de la famille de la femme. Ainsi l'*A. L. V.*, S. I. F., 13, 2, et la *N. L. V.*, S. I. F., 7, défendaient le *væggiar köp*, ou achat, par le mari, des biens-fonds de la femme. Si néanmoins une telle transaction avait eu lieu, elle était annulée à la mort de l'un des conjoints; *L. O.*, S. M., 14, pr. — Le mari ne pouvait vendre que dans les cas de détresse la dot de sa femme. *L. O.*, S. M., *l. c.* Si, pendant le mariage, la femme héritait après ses propres enfants, d'une terre, le mari, dit la *L. O.*, S. M., 22, « est seulement un hôte dans cette terre, et non un maître « þær ær bonde gæstær til garzs ok egh husbonde. » Cf. *L. U.*, S. I. F., 4, 6; — *L. S. d.*, S. I. F., 8, pr.

[3] *N. L. V.*, S. I. F., 5 : « Eig ma kona iorþ sælia. Vtan henni vræki « hungr till ællær klæþæ lösæ ællær annur þrang. » — *L. U.*, S. I. F., 8, 6. — *N. L. V. d.*, S. I. F., 13, pr.

[4] *A. L. V.*, S. S., 5; *N. L.*, S. S., 7 (voir plus haut, note 1, p. 401). *L. O.*, S. M., 15.

[5] *A. L. V.*, S. M., 5, 1 : «Havir konæ hor giort... verþer hun eigh varþ. « *þa skal hun gangæ fræ bo ok boslot.* i. hvarþax clæþum sinum. » *N. L.*,

d'abandon volontaire du domicile conjugal[1] ou *de meurtre sur la personne de son mari*[2]. A ces exceptions près, ses droits étaient absolus, quel que fût le survivant. Si, d'un autre côté, le mari avait battu sa femme de manière qu'elle en mourût, il avait à son tour forfait sa part dans les apports mobiliers de la défunte[3].

La Loi d'Ostrogothie contient toutefois des dispositions remarquables par leur divergence de celles des autres lois de Gothie et des lois du Svealand, à l'égard de la part de la femme dans les biens communs. Cette loi statue que le tiers des biens n'appartenait à la femme qu'en cas de survie[4]. Mourait-elle avant son mari, sa part était nulle, ou, comme dit la Loi d'Ostrogothie, « *le mari hérite le tiers de la femme, þa œruir bondin þripiung hænna*[5]. » Tous les meubles et tous les immeubles acquis

S. M., 5, 6.— *L. O.*, S. E., 27, pr. Ep., 26. — *L. U.*, S. S., 5. — *N. L. V: d.*, S. S., 5. — *L. H.*, S. S., 5.

[1] *A. L. V.*, S. M., 17 : « *Löper konœ bort fran bondœ. Taki bondœn gōz « alt.* ; » cf. III, 56, ün. *L. O.*, S. E., 27, pr.

[2] *L. O.*, Ep., 19 : « Sua ok *œn hon dræpær han. Þa takær hon œngte af « hans gozs* ok egh hindradax gæf. *Ok œngin þœn rœt som hon uær gift til. « œlla given.* »

[3] *L. O.*, Ep., 18.

[4] *L. O.*, S. M., 15 : « Siþan a husfrun *þripiung af bo* ok bondans arua « tua lyti. »

[5] *L. O.*, S. M., 7 (voir p. 403 note 1). S. M., 16, pr. : « *Nu dör husfru för. « Þa œruir þripiung hænna.* Nu köpa þön eghn mæþan þön boa saman : *þa « œrvir bondin sua köpu eghn sum alt bo fœ* ; ok fur þing hænna for utan « hindradax gæf. Ok omynd hænna skal *rættum arua* ut fa. »

Nordström, *Sv. Samh. Hist.*, II, p. 52, dit que : « I allmänhet O. G. L. « i afseende a giftorätten i boets lösören och aflingejord följde den regel, « att *om hustrun dog före mannen, hennes giftorätt icke utskiftades till andra « hennes arfvingar än hennes barn*, hvaremot, om hon ej lemnade barn « efter sig, tha aruir bondin thridhiung hænna ; » c'est-à-dire, en quelques mots, que, d'après la Loi d'Ostrogothie, la part de la femme, lorsqu'elle mourait la première, passait à ses enfants ; mais si elle n'en avait pas, au mari. Selon nous, le droit de la femme dans la communauté cessait d'exister dès qu'elle mourait avant le mari, soit qu'elle eût ou qu'elle n'eût pas d'issue. C'est ce que nous paraissent prouver les titres XV et XVI de la S. M. Le premier traite du cas où le mari meurt le premier, et où la femme doit partager la masse avec leurs enfants communs ou avec les héritiers de son époux. Il déclare positivement que la femme aura sa part dans les biens communs. Le second dit que si la femme meurt la première (*nu dör husfru för*), sa part dans la masse commune passe au

pendant le mariage se trouvaient, de la sorte, la propriété du mari. Le droit de la femme au tiers des biens communs était donc, d'après cette loi, d'une nature purement éventuelle.

Nous avons déjà mentionné que les lois du Svealand semblent provoquer l'hypothèse que, lorsque le régime de la communauté des biens entre époux commença à s'introduire dans les coutumes des habitants de cette partie du pays, il ne comprenait que les *biens meubles*. La Loi d'Ostrogothie paraît indiquer qu'au commencement les lois de la Gothie ne concédaient le tiers légal à la femme que dans le cas où elle était la survivante. C'était probablement encore l'usage en Ostrogothie, vers la fin du treizième siècle, lorsque la coutume de cette province fut mise par écrit. Pour le cas de survie, cette loi exige la constitution, lors de la convention des fiançailles, de l'*omynd* et du Morgengabe de l'épouse, car, dès que le mariage était dissous par la mort de la femme, l'*omynd* et le Morgengabe seuls retournaient à ses enfants ou à ses héritiers ; l'*omynd* toutefois, s'il n'y avait pas d'issue directe, revenait en premier lieu à celui qui l'avait constitué. Ces dispositions de la Loi d'Ostrogothie indiquent en tout cas un âge très-reculé. Elles sont sans doute un reste des temps où la communauté des biens n'était pas encore entièrement entrée dans les usages du peuple, mais où c'était la coutume de donner à la femme, lors de la conven-

mari (*þa æruir bondin þriþiung hænna*), et cela, sans la moindre condition qu'il y ait ou non des enfants.

Il y est dit seulement que le mari restituera le *Morgengabe* et la dot de sa défunte femme aux héritiers de cette dernière, qu'ils soient *descendants* ou non. C'est, en outre, démontré par la fin du titre, où il est ajouté, quant à la dot, que si la femme n'a pas laissé d'héritiers directs (*skaparua*), l'*omynd* (la dot) retournera à celui qui l'a fournie. Le titre XXIII prévoit le cas où la femme, après avoir convolé en secondes noces et eu des enfants de son second mari, est décédée avant lui ; dans ce cas aussi, il ne lui est pas donné de part dans les biens communs, mais elle retire seulement l'*omynd*, quoiqu'elle ait eu des héritiers directs. — Le seul passage que l'on puisse citer à l'appui de l'opinion que la part de la femme dans la masse commune passait à ses enfants, est le titre VII, portant que : « Æn « hon dör *barnlös* : þa a hon alla lösöra utan omynd, » c'est-à-dire quand elle meurt sans enfants : alors elle a tous les meubles, excepté l'*omynd*. Mais cela ne nous semble pas suffisant pour en tirer *e contrario*, en opposition à l'article XVI, la conclusion que, dès que le mariage laissait issue, le tiers de la femme dans les biens communs passait à ses enfants.

tion des fiançailles, seulement une dot (*omynd*) constituée par le *sponsor*, et un *mundr* (depuis Morgengabe) que le mari s'obligeait de son côté à lui payer.

II. — LOIS DES CAMPAGNES (LANDSLAGAR).

Les dispositions des *Lois des campagnes* du roi Magnus Eriksson [1] et du roi Christophe sur le régime des biens entre époux, concordent en général avec celles de la Loi d'Upland. Ces lois admettaient la communauté des biens entre époux comme une suite légale du mariage, sans qu'une convention spéciale à cet égard fût nécessaire [2]. La communauté des biens, instituée par les *Landslagar*, ne commençait toutefois, en conformité avec les dispositions des coutumes provinciales, qu'après la consommation du mariage par la cohabitation [3]. Ce principe continua même à être en vigueur jusqu'à l'an 1736, c'est-à-dire près de deux siècles après que la Loi ecclésiastique (promulguée en 1571) eut fait de la bénédiction nuptiale l'une des formalités obligatoires du mariage légitime [4].

Quant aux biens communs, ils comprenaient, comme d'après les lois provinciales :

1° Tous les biens meubles [5], tant ceux hérités par les époux avant et pendant le mariage que les acquêts, fruits de la collaboration commune ;

[1] Toutes les citations de ces lois sont empruntées à un manuscrit sur parchemin de la *Collection Cederhielm* à la Bibliothèque de l'Université d'Upsal.

[2] Abrahamsson, montre, dans ses observations sur la *L. C. Chr.*, S. M., 5, p. 279, qu'on reconnaissait, en pratique, la validité d'un pacte de communauté conclu avant ou après le mariage.

[3] *L. C. M. E.*, S. M., 6; *L. C. Chr.*, S. M., 6, 1 ; cf. même loi, S. M., 19. Quoiqu'il n'y soit pas dit expressément, comme dans les lois de *V.* et d'*O.*, que la communauté entre en vigueur dès la première cohabitation, mais seulement que la puissance du mari date de ce terme-là, il est clair que toutes les suites légales du mariage légitime doivent avoir été considérées comme naissant à la fois.

[4] Voir plus haut.

[5] Voir pour preuve que les défrichements opérés sur les forêts communales (*Almänningsjord*) étaient placés dans la classe des meubles, *L. C. M. E.*, S. Ed., 53, fin. — *L. C. Chr.*, S. Ed., 31.

2° Les immeubles acquis pendant le mariage, soit par achat, soit à tout autre titre que l'hérédité (*aflingejord*).

Les dispositions sur les *biens meubles* se trouvent dans la formule de mariage, insérée chapitre v (6) de la Section des mariages, formule qui n'est qu'une reproduction de celle de la Loi d'Upland [1]. Les dispositions sur la communauté des immeubles acquis pendant le mariage sont, d'autre part, consignées dans la Section des mariages, chap. XVIII, de la Loi de Magnus Ericson, et dans celle des immeubles (*Jorda Balken*), chapitre XXIX, de la Loi de Christophe [2]. Afin de garantir aux membres de la famille leurs droits éventuels sur les propres, les deux lois déclarent tous les biens-fonds, maisons et moulins hérités, exclus des biens communs des époux. Voici ce que dit à cet égard La loi de Christophe (S. M., 5, 1) [3] : « Ilaghum warum giftes ey bonde i *Adel iord* eller *Hws*, eller *odhal Watnwarka* [4] Hustru sina : Eij och hon i hans. Vtan i alla andra Löösöra [5], » c'est-à-dire : « D'après notre loi, le mari n'a pas de droit de communauté aux (*litt.* : ne se marie pas dans les) biens-fonds, ni aux maisons, ni aux moulins, lesquels sont les propres de la femme, ni la femme de droit au tiers des biens propres du mari; mais aux deux conjoints sont seulement communs les biens meubles. » Dans la catégorie des biens-fonds hérités [6] était compris le *surrogatum naturale*, c'est-à-dire les biens acquis par échange ou par achat en lieu et place de terres héritées, puis vendues [7]. De même, les immeubles achetés ou acquis par le droit de retrait (*byrdkiöpt jord*) étaient considérés comme biens-fonds hérités, et appartenaient pour cette cause aux propres

[1] *L. C. M. E.*, S. M., 6. — *L. C. Chr.*, S. M., 5.

[2] *L. C. M. E.*, S. M., 18. — *L. C. Chr.*, S. I., 29 : « Alt thet *bonden* och « *hustrun kopa saman, badhe i Jord och Lösörom*, mädhan the hionalagh « ära *Aghe Hustru Tridiung* och *twa luti Bonden af thy köpeno.* »

[3] Cet article manque totalement dans la *L. C. M. E.*, S. M.

[4] Cf. *N. L. V.*, Add., II, 5; voir plus haut, note 5, p. 406. Les cours d'eau étaient aussi considérés comme immeubles. *L. C. M. E.*, S. I., 1; *L. C. Chr.*, S. I., 1, 1.

[5] Cf. *L. C. M. E.*, S. Ed., 52. — *L. C. Chr.*, S. Ed., 31, 1.

[6] Pour la signification du terme suédois correspondant, *arfvejord*, voir Rålamb, *Observationes jur. pract.*, Stockholm, 1679, p. 249.

[7] *L. C. M. E.*, S. I., 10. — *L. C. Chr.*, S. I., 9, 1.

des époux [1], parmi lesquels on comptait en dernier lieu tous les biens-fonds légalement acquis par l'un des époux *avant* la consommation du mariage [2].

Quant à la portion respective des conjoints, elle est, suivant les deux *Landslagar*, la même que d'après les anciennes coutumes provinciales, savoir : des *deux tiers* pour le mari, et du *tiers restant* pour la femme [3]. Mais, comme nous l'avons déjà mentionné plusieurs fois, le mari avait seul l'administration des biens communs, ainsi que des propres de la femme, toutefois avec la restriction que les biens-fonds hérités de cette dernière ne pouvaient être vendus ou aliénés par lui que dans les cas de détresse [4]. A la dissolution du mariage par la mort de l'un des conjoints ou par suite de divorce, on prélevait en premier lieu sur la masse commune la part du survivant, et, en cas de divorce, le tiers de la femme, à moins qu'il n'eût été forfait pour cause d'adultère [5].

III. — LOIS DES VILLES (STADSLAGAR).

Dès que des villes de commerce commencèrent à s'élever chez nous, il était dans la nature des choses que de nouveaux intérêts donnassent, dans bien des cas, à l'organisation de la famille, un caractère différent de celui développé sous l'influence

[1] *L. C. M. E.*, S. I., 10 : « Hon ægher ey byrdamannom biudas. The « iord han hafwer afflat, han ægh wald göra aff henne hwat han wil giffwa « hona æller sælia, *wthan the jord se medh arf til komen, ællr hawr man « kopt byrdh aff byrdamanne. Hon ægh biudas athj rættom byrdamannom.* »
Cf. *L. C. Chr.*, S. I., 9, 1.

[2] C'est ce qu'on peut conclure indirectement de la *L. C. M. E.*, S. M. 18, et de la *L. C. Chr*, S. J., 29; voir p. 412, note 2.

[3] Cf. dans *L. C. M. E.*, S. M., 5, et *L. C. Chr.*, S. M., 5, l'ancienne formule de mariage, presque littéralement la même que celle des anciennes coutumes provinciales : « Jagh gifter tigh mina dotter, til hedhers och « Hustru och til halfwa Säng, til laas och nykla, och *til hwan tridhia Pening « som I ägnin och ägha faen i lösörum* och til allan then rätt som Uplandz « Lagh äru och then helghe Erik gaf, I nampn Fadhers, Sons och thes « helgha Anda. » — *L. C. M. E.*, S. M., 15; *L. C. Chr.*, S. M., 16 : « Ganger kona å andra Gifto... Och sidhan skifte i thry, *Barnomen twa « luti* och *Hustrunne tridiung af lösörum.* » — *L. C. M. E.*, S. M., 16; *L. C. Chr.*, S. M., 17; *L. C. M. E.*, S. M., 18; *L. C. Chr.*, S. I., 29.

[4] Cf. *L. C. M. E.*, S. I., 26; — *L. C. Chr.*, S. I., 27, 28.

[5] *L. C. M. E.*, S. M., 10; — *L. C. Chr.*, S. M., 11.

des lois des campagnes. Le principe de la conservation des terres héritées dans la famille, ne pouvait avoir, chez une population commerçante, la même importance que chez des propriétaires fonciers, unis entre eux par les liens du sang, par les obligations d'un appui mutuel, et adonnés à l'agriculture ou au métier de la guerre. Les intérêts du commerce exigent la mobilité de la propriété. Aussi tous les obstacles qui, d'après les lois des campagnes, s'opposaient au passage des biens-fonds de la famille en des mains étrangères, durent-ils être anéantis ou écartés, pour placer, devant la loi, les immeubles à l'égal des biens meubles. En outre, il était avantageux au commerce et à l'industrie qu'une entreprise commerciale ou industrielle prospère et lucrative ne s'arrêtât pas à la mort du mari ; il était, pour cette cause, d'une grande importance que la veuve fût mise en état de continuer cette entreprise avec une portion suffisante de la masse commune. Ces principes nouveaux, différents de ceux des Lois des campagnes, datent, sans aucun doute, principalement de l'époque où les bourgeois commerçants de nos villes firent la connaissance du Droit de la ville hanséatique de Lubeck[1], et où des marchands et des ouvriers allemands s'établirent en Suède.

Nos deux lois des villes, savoir : celle dite de Bjärkö (*Bjärkoä Rätt*)[2], et celle de Magnus Eriksson[3], ainsi que la Loi de la ville de Visby[4] (île de Gotland) établissent, pour les raisons que nous venons de donner, une communauté des biens universelle entre époux. Tous les biens, meubles ou immeubles, hérités ou acquis avant ou pendant le mariage, tombaient dans la masse commune. La loi ne reconnaissait pas de propres, à l'exception de ceux spécialement réservés. Mais si les époux possédaient des immeubles à la campagne, ces biens suivaient, avec les outils et instruments agricoles, les principes du régime de la com-

[1] On fait dater du commencement du treizième siècle la première collection du *Droit de la ville de Lubeck* ; voir Mittermaier, *l. c.*, I, § 11.

[2] Cette loi, rédigée dans le principe pour la ville de Stockholm à la fin du treizième siècle ou au commencement du quatorzième, a été aussi en vigueur dans la ville actuellement détruite de Lödöse, près de Gothembourg, et peut-être aussi dans quelques autres villes. Voir l'avant-propos de l'édition, donnée par M. Schlyter, du *Bjärkoa-Rätt*, p. XXXI-XXXVII.

[3] Rédigée entre les années 1347-1365.

[4] Rédigée au milieu du quatorzième siècle ; voir l'avant-propos de l'édition de cette loi, donnée par M. Schlyter, p. IV-VII.

munauté consacré par les Lois des campagnes [1]. De la totalité de la masse commune, la loi de Bjärkö [2] et la Loi des villes de Magnus Eriksson [3], accordaient la moitié au survivant, et l'autre moitié aux enfants des conjoints, ou, si le mariage n'avait pas laissé d'issue, aux plus proches héritiers du défunt. La Loi de Visby suit, toutefois, d'autres principes à cet égard : elle statue que, si le mari survit à la femme, et qu'il n'y ait qu'un seul enfant, ou que le mariage n'ait pas laissé d'issue, le mari prend, dans ces deux cas, les *deux tiers*, et l'enfant, ou les autres héritiers de la femme, le tiers restant, ainsi que les habits et les objets de toilette de la défunte. S'il y a plusieurs enfants, le mari ne reçoit que la moitié des biens, et la moitié restante appartient aux enfants. Le mari décédant, par contre, *avant* la femme, s'il n'y a qu'*un* enfant, ou aussi, s'il n'y a pas d'enfants du même lit, la veuve survivante et l'enfant, ou, à défaut de ce dernier, les autres héritiers du mari reçoivent une *part égale ;* mais si le mari laisse plusieurs enfants, la veuve a *un tiers*, et les enfants, les *deux tiers restants* [4], ainsi que les habits et les armes de leur père défunt.

IV. — RÉGIME EXCEPTIONNEL DE COMMUNAUTÉ DES BIENS.

Les dispositions des Lois des campagnes à l'égard du régime de la communauté des biens entre époux, étaient obligatoires

[1] Voir *L. V. M. E.*, S. M., 5, pr. (note 4) et les remarques d'Arnell, sur cette loi, p. 279.

[2] L. B., 24 : « Pæt ær oc *staspins rættir. en maþær giptis i kunu gox.* « *giptis til alz halfs.* swa giptis oc konæ i maz bo. » — 27 : « Sipæn skipti « hun til halfs. vip baru sin. æller arwingiæ sinæ. »

[3] La *L. V. M. E.*, S. M., 5, contient cette disposition dans sa formule de mariage : « Jak gifwer tik mina dotter til heder ock Hwssfrw, ock « halfwa Siäng, Låås ock Nykla, ock *alls halffs wunnit och owunnit*, i Pen- « nigom ock Löösörom : ock hwat thet är Jord ock Löösöra å lande, the « som i Boskapenom äru skiptas epter Landz Lagum. » — S. M., 9, 4 : « Döör Hwsfrw barnlöös för än Bonden, *taki ärfwingia henna allt halffi* « *wider han :* Ock enga Morgongafwo... » § 5 : « Få the förnempda Barn « saman, ock Hwssfrun lifwer epter Bonden... Ock sidan *skipte hon til* « *halffs widh barn sin.* » — S. M., 12 : « Går kona å andro Giffte... Sedan « skipte i thu. *Taki halffi hon och Barn henna, hwat thet är hälst Gårda* « *eller andra ägor.* » Cf. chap. XIII et XIV.

[4] *Loi de Visby*, IV, 3, 1–6.

pour tous les habitans des campagnes, sans égard à la différence qui s'établit peu à peu entre les nobles (*frälsemän*) et les roturiers (*bonder*). « La loi des hommes libres d'alors, » dit Nordström [1], « n'avait pas égard à l'autorité ni à la noblesse de la famille : elle ne connaissait que l'*Odalman* (propriétaire foncier). » Même après que la noblesse eut, à différentes époques, obtenu des priviléges importants, on ne rencontre pas, pour cette classe, de modifications à la Loi des campagnes, qui était la *loi générale* du pays; on trouve encore moins, dans les anciens temps, ainsi que cela a eu lieu de nos jours [2], le régime de la communauté d'après la *Landslag*, cité comme un privilége exclusif de la noblesse [3].

Jean III chercha, par les priviléges de 1590 en faveur de la noblesse, à introdnire plusieurs modifications importantes dans la loi, « afin que les familles nobles pussent d'autant mieux se maintenir (på det att adelns slächter mâtte dess bättre kunna blifva wedh macht), » et voulut pour cette cause exclure les femmes nobles de l'héritage des biens-fonds [4] (*fast jordagoz* dans la langue de l'époque). Mais il ne paraît pas avoir été question d'abroger le régime de la communauté entre époux nobles, ni d'en refuser l'application d'après les dispostions générales de la Landslag. En des termes sur lesquels il est impossible de se méprendre, Charles XI dit, dans un rescrit au Sénat du royaume, du 29 mars 1682, que « lorsqu'il s'agit de la part dans les biens communs d'une femme suédoise, veuve d'un noble suédois, la question ne peut être décidée que suivant la loi suédoise [5] (ther quæstio är om en Svensk Frus *Giftorätt* efter sin man, som var *Svensk Riddersman*, saken bör eller kan *ey annorledes, än efter Svensk Lag decideras*). » Ce que Charles XI nomme ici la loi suédoise, ne peut être que la Landslag.

[1] *L. C.* I, p. 151.

[2] Voir les *Procès-verbaux de la chambre des nobles*, diète de 1844-45, VII, p. 68-72.

[3] Le seul fait dans lequel il fût possible de voir une interprétation de ce genre, est une déclaration du grand justicier (Riks-Drotz) Pierre Brahe, dans la séance du sénat royal du 5 juin 1668, touchant la révision de la loi (en copie dans la collection Palmsköld, à la Bibliothèque d'Upsal); le contenu cité par Posse, *Bidrag till Svenska Lagstiftningens Historia*, Stockholm, 1850, p. 136.

[4] Cf. Nordström, *l. c.*, I, p. 190.

[5] Voir Schmedeman, *Just. Verk.*, p. 753.

Toutefois, notre ancien droit connaît une communauté des biens conjugaux exceptionnelle, née au seizième siècle, et s'éloignant réellement des dispositions de la Landslag sur le régime des biens entre époux. Ce régime exceptionnel consistait dans *le droit qu'avaient les femmes des ecclésiastiques domiciliés à la campagne*, à la moitié de tous les biens des époux, comme d'après la Loi des villes, droit établi à la demande même du clergé, et pour la première fois sanctionné par Jean III, lors de son couronnement, en 1569[1]. Son frère, le duc Charles (plus tard Charles IX), paraît, cependant, ou ne pas avoir connu, ou avoir fait semblant d'ignorer cette exception ; car blâmant, dans une lettre patente du 2 novembre 1594, le chapitre de Skara (Vestrogothie) d'avoir consenti « à ce que les femmes des pasteurs du diocèse succédassent, à la mort du mari, à la moitié, et leurs enfants à l'autre moitié des biens de la masse (att alle *Preste Hustrur* ther i Stifftet måge gå uti *halfft arf efter theras Mäns död med sine Barn*), » il déclare cette disposition avenue « sans l'avis ni l'autorisation du souverain[2] (utan Ofwerhetens betänckianne och samtycke). » On trouve toutefois statué dans les *Priviléges du clergé*, du 28 novembre 1650, et dans ceux du 1er octobre 1675, que « les veuves des ministres partagent, sans égard à la situation des immeubles, les biens meubles et immeubles de la masse commune, suivant les dispositions de la Loi des villes, c'est-à-dire par moitié avec les enfants[3] (at Präste Enchiorne uti Arfskiptet efter sina Män måga dela Godset löst och fast, ehwarest thet är belägit, efter Stadslag). » Ce régime des biens conjugaux a été reproduit et de nouveau sanctionné dans les *Priviléges du clergé*, encore en vigueur, du 16 octobre 1723[4]. Cependant les dispositions qui s'y trouvent à cet égard, ne concernent pas les immeubles appartenant aux époux avant le mariage[5], à partir duquel seulement commençait le

[1] *Articuli in coronatione* Johannis III, 1569, XI (Von Stiernman, *Riksd. och Mötens Beslut*, IV, p. 237) : « Sanxit S. R. M. ut *Uxores Pastorum « ruralium* possint *juxta Leges Civium consequi dimidietatem Bonorum in « divisione hæreditaria*, post obitum *pastorum defunctorum.* »

[2] Schmedeman, p. 110.

[3] *Prestersk. Privilegier af* d. 1 *oct.* 1675, § 13 (Schmedeman, p. 675).

[4] *Prestersk. Privilegier af d.* 16 *oct.* 1723, § 13 (Modée, I, p. 493).

[5] Cf. Abrahamson, rem. à la *L. C. Chr.*, S. M., 5, p. 280-81.

droit de la veuve. On ne doit pas oublier non plus que les avantages conférés par ces dispositions, ne concernaient que la femme et non le mari ; car si la femme mourait la première, et que les époux eussent demeuré à la campagne pendant le mariage, le partage des biens conjugaux avait lieu d'après les principes consacrés par la Landslag.

V. — APPLICATION DES PRINCIPES DU RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ DES BIENS ENTRE ÉPOUX DURANT LE DIX-SEPTIÈME SIÈCLE.

Avant de terminer ce précis sur l'origine et le développement de la communauté des biens conjugaux d'après les anciennes lois de notre patrie, il ne sera pas sans intérêt de jeter un coup d'œil sur l'application des dispositions de la loi faite, dans les cas douteux, par les tribunaux, pendant le siècle qui a précédé la rédaction de notre code actuel. Nous nous croyons d'autant plus obligé de le faire, que ce siècle occupe une place éminente dans l'histoire du droit suédois. Notre droit s'avança, pendant ce temps, à pas lents mais sûrs, vers la rédaction nouvelle que vit naître l'année 1734 [1], et le développement de l'ordre social provoqua un nombre considérable de modifications aux Lois des villes et des campagnes. Mais ces modifications s'appuyaient ordinairement sur des arrêts concordants des tribunaux, de sorte qu'un long usage établissait successivement les bases des règles générales qui devaient être plus tard formulées en loi [2]. Aussi trouve-t-on rarement, dans les ordonnances du dix-septième siècle, autre chose que la sanction d'un usage très-reconnu depuis longtemps dans la pratique. Mais ce siècle ne manqua pas non plus de grands projets de loi, tendants à effectuer une révision complète de l'ancienne Loi des campagnes ; on rencontre pendant le règne de Charles IX deux projets différents [3]

[1] Cf. H. Järta (dans le journal *Frey*, 1841, 2), et Posse, *l. c.*, p. 14 et suiv.

[2] Nehrman, *Jur. crim.*, p. 16, fait la remarque « qu'avant 1736, on jugeait d'après l'*usage*, de sorte que le juge, peu exercé dans la pratique des tribunaux, ne savait parfois pas sur quelle base il devait fonder son arrêt « före 1736 afdömdes efter *sedvana*, så at domaren, som i måls afdömande « ej thes mera öfwad war, icke wiste stundom, hwarefter han döma « skulle. »

[3] Voir, à cet égard, Järta, *Vitterh. Hist. oc Ant. Acad. Handl.* (*Mémoires*

d'une nouvelle Loi des campagnes, dans lesquels la *Section des mariages* est, entre autres, traitée *in extenso*. Ces projets ne tendaient toutefois pas à une modification des dispositions alors en vigueur sur le régime de la communauté des biens conjugaux, car ce qu'ils contiennent à ce sujet, est entièrement conforme à l'ancienne loi [1].

Nous allons donner un exemple de la manière dont les cas douteux sur le régime de la communauté des biens des époux se décidaient, d'après la pratique, dans les tribunaux. La *Section des mariages* de la *Landslag* du roi Christophe contient, chap. v, la disposition suivante que nous avons déjà citée plus haut, mais que nous reproduisons ici : « I laghum warum giftes ey bonde i Adel jord [2], eller Hws, eller Odhal Watnwärka Hustru sinna : Eij oc hon i hans. Vtan i alla andira Lööső̈ra, » c'est-à-dire : « D'après notre loi, le mari [*litt.* le paysan, *bonde* [3] n'a pas de droit de communauté aux biens-fonds ni aux maisons, ni aux moulins, lesquels constituent les propres de la femme, ni la femme de droit au tiers des biens propres du mari ; mais aux deux conjoints sont seulement communs les biens meubles. » Mais il n'y est pas dit expressément si les revenus des biens-fonds

de l'Acad. des Inscriptions et Belles-Lettres de Suède), XIV, p. 338 et suiv., et Posse, *l. c.*, p. 14-29.

[1] La Bibliothèque de l'Université d'Upsal possède (*Nordinska Saml.*, fol. n° 128 et 4°, n° 32 (l'ancien catalogue) deux manuscrits du *Projet de loi*, dit *de Rosengren*. La Section des Mariages (nommée ici *Gipthomala Balken*) y est divisée en dix-sept chapitres, sans rubriques. Le chapitre v contient une formule de mariage à peu près identique à celle de la *L. C. Chr.*

[2] Les opinions ont été partagées sur la vraie signification de ce terme. Quelques-uns pensaient qu'il signifiait seulement les *biens-fonds hérités* ; d'autres y faisaient entrer, en outre, *les biens-fonds acquis avant le mariage*. A cette dernière opinion se rattachaient : Loccenius, *Synopsis juris privati*, Gothembourg, 1673, p. 83 ; — Rålamb, *Observationes jur. pract.*, p. 291-92 ; — Nehrman, *Jurisprud. civ.*, p. 209.

[3] Le mot suédois *bonde* signifiait dans l'origine : *habitant campagnard de condition libre, propriétaire foncier libre*, sans désignation de classe. D'après l'ancien droit public de la Suède, les paysans propriétaires constituaient l'aristocratie de ces temps reculés, et c'est de leur sein que sont sorties les plus anciennes familles de l'aristocratie suédoise actuelle. Il n'existait, dans l'ancienne civilisation scandinave, que deux classes principales de personnes, les paysans et les esclaves. Entre eux était une population flottante composée soit d'ouvriers libres, mais sans fortune, soit d'esclaves libérés.

appartenant à l'un des époux tombent dans la masse commune, ou suivent la condition de la terre, et doivent être considérés comme exclus de la communauté. Les opinions furent longtemps partagées là-dessus[1], jusqu'à ce qu'il fût statué par un arrêt royal du 13 novembre 1671, que ces revenus tombaient sous le régime de la communauté [2]. Cet arrêt servit désormais de règle, et les mêmes principes furent formellement énoncés dans l'Ordonnance royale du 28 mai 1687 [3]. Il paraît toutefois que l'on eut assez longtemps encore des doutes sur le principe même, ce que témoigne du moins un rapport donné, le 21 août 1690, à la commission dite *de législation* [4], par M. de Liliemark, juge assesseur à la Cour royale de Svea (*Svea Hof Rätt*).

D'autres questions encore avaient été décidées par des arrêts des tribunaux supérieurs; telles étaient, par exemple, les suivantes : Le mari avait-il droit aux deux tiers des terres acquises, dans un mariage précédent, par sa femme, en vertu du régime de la communauté ?

Cette question reçut une solution négative par un arrêt du 19 juillet 1716, de la Cour royale de Svea [5]. La question, si la terre rachetée pendant le mariage par un des époux, en vertu de son droit de retrait, tombait dans la masse commune, paraît avoir été invariablement résolue par la négative, tandis qu'au contraire la somme payée pour le même immeuble était considérée comme entrant dans les biens communs [6]. Y avait-il collision entre la Loi des villes et celle des campagnes, les tribunaux suivaient le principe que si les époux domiciliés à la campagne avaient, avant leur entrée en mariage, acquis des maisons dans

[1] Loccenius, *l. c.*, p. 88-89.

[2] Cet arrêt est cité par Abrahamsson, remarques sur la *L. C. Chr.*, p. 280, par la Commission dite de Législation, et dans le Projet de Section des Mariages, rédigé en 1690 par l'assesseur de Leijonmark (voir *Nordin. Saml.*, in-4°, 169).

[3] Voir Schmedeman, *Just. Verk*, p. 1120.

[4] Ce rapport, qui donne les raisons pour et contre, se trouve aux Archives de l'Etat (*Red. Forslag. t.*, 1734 *ars Lag*, II), et en copie, dans la collection Palmsköd (*Saml. Jurid.*, in-4°, VII, p. 97 et suiv.), à la Bibliothèque d'Upsal.

[5] *Collectanea Juridica*, de Beckius (Archives de l'Etat), I, fol. 280.

[6] Cf. Abrahamsson, Remarques sur la *L. C. Chr.*, p. 301, et Nehrman, *l. c.*, p. 210.

la ville, la question était décidée d'après les principes du régime de la communauté établis dans la Loi des villes. Les opinions étaient, par contre, partagées sur le point suivant : des époux placés sous la juridiction de la Loi des campagnes, ayant acheté, pendant le mariage, des immeubles dans la ville, possédaient-ils ces immeubles en commun d'après le régime de communauté de la Loi des villes ou d'après celui de la Loi des campagnes? Les défenseurs de cette dernière opinion soutenaient que le mari avait droit aux deux tiers, et la femme seulement au tiers restant, parce que ces quotes-parts représentaient les portions respectives des époux dans la somme qui avait servi à opérer l'achat [1].

Nous mentionnerons, en dernier lieu, une question bien souvent élevée : Un paysan marié, quittant la campagne pour s'établir dans la ville, devait-il jouir du régime de la communauté des biens d'après la Loi des campagnes ou d'après la Loi des villes? La première opinion paraît avoir prévalu [2], car on considérait, avec beaucoup de raison, que le régime des biens conjugaux devait être jugé au point de vue des circonstances existantes à l'entrée en mariage.

CHAPITRE VI.

COMMUNAUTÉ DES BIENS D'APRÈS LE DROIT SUÉDOIS ACTUEL.

Le Code suédois de 1734 n'est que la réunion en une seule loi de l'ancienne Loi des campagnes et de l'ancienne Loi des villes, dont les dispositions ont été modifiées suivant les besoins amenés par le temps. Le législateur y a conservé avec une remarquable piété les principes enracinés dans les mœurs du peuple, et n'a adopté que les principes nouveaux dont le progrès de la civilisation rendait l'introduction indispensable dans la législation du dix-huitième siècle.

[1] A cette dernière opinion se rattache Abrahamsson, p. 280, s'appuyant sans doute à cet égard sur la pratique des tribunaux, quoiqu'il cite une Ordonnance royale du 29 mars 1682 (Schmedeman, *Just. Verk.*, p. 752). — A la première opinion appartient, par contre, Nehrman, déclarant (*Jurispr. civ.*, p. 210) que l'on doit toujours suivre la loi du territoire où la terre est située, « rätta sig efter orthen ther ägendomen belägen är. »

[2] Cf. Abrahamsson, p. 280.

Aussi, quant à la communauté des biens, le législateur a-t-il, dans le X^e^ chapitre de la Section des Mariages, réuni, avec fort peu de modifications, toutes les dispositions de la Loi des villes et de celle des campagnes à cet égard.

Le régime de la communauté institué par la loi peut toutefois être modifié par un contrat de mariage (*äktenskaps förord*, *pactum antenuptiale*), si ce contrat a été conclu *avant* la cérémonie nuptiale, et avec toutes les formalités prescrites dans le chapitre VIII Dès qu'un tel contrat existe, les clauses qui y ont été stipulées par les époux ont force de loi, pourvu qu'elles ne portent pas atteinte aux droits d'un tiers. Mais si les époux n'ont pas fait, avant le mariage, de stipulations sur les biens qui seront soumis au régime de la communauté, leurs biens tombent nécessairement sous le régime institué par la loi, tant à l'égard des biens qui seront réputés communs qu'à l'égard de la part de chaque époux dans ces biens. Le Code de 1734, ainsi que la Déclaration royale du 23 mars 1809, placent sous le régime de la communauté les biens suivants :

1° *Les biens meubles*, sans égard à leur nature de biens hérités ou d'acquêts ;

2° *Les terres acquises pendant le mariage ;*

3° *Les terres acquises par retrait pendant le mariage*, dès qu'il n'a pas été fait, dans l'acte d'achat, de réserve que ces terres appartiendront à celui des époux que les liens du sang unissent au vendeur ;

4° Les maisons et biens-fonds situés dans les villes ou leurs banlieues.

Sont, par contre, pour la protection des droits de succession éventuels des parents, expressément exceptés du régime de la communauté entre époux, et considérés comme propres :

1° *Les terres héritées par l'un ou l'autre des époux ;*

2° *Les majorats ;*

3° *Les terres acquises par retrait*, lorsque l'acte d'achat contient la réserve que ces terres appartiendront à titre exclusif à celui des époux qui est le parent du vendeur ;

4° *La dot*, tant en meubles qu'en immeubles, constituée à condition de révocation ou de restitution ;

5° *Les meubles ou immeubles acquis par l'un ou l'autre des époux, soit à titre de don, soit en vertu d'un testament portant*

qu'ils appartiendront en propre à l'un ou à l'autre des époux (Ordonnance du 19 mai 1845) ;

6° *Les terres acquises avant le mariage.*

Quant à la part de chaque époux dans la masse commune, la Loi de 1734 distinguait entre les *meubles* et les *immeubles*, et posait, pour les premiers, les deux règles suivantes :

De *tous les biens meubles*, tant à la campagne qu'à la ville, le *noble* et le *paysan* recevaient les *deux tiers*, et la *femme noble* et la *femme paysanne* le *tiers restant* de ces biens, d'après l'ancien droit des campagnes.

De tous les biens meubles, tant à la campagne qu'à la ville, chez les *ecclésiastiques* et toutes les *personnes appartenant au clergé* (comme, par exemple, les instituteurs des colléges), ainsi que chez les *bourgeois* et *roturiers domiciliés dans les villes, le mari prenait une moitié, et la femme la moitié restante, d'après l'ancien droit des villes.*

A l'égard des immeubles, deux règles aussi fixaient la part respective des conjoints ; c'étaient les suivantes :

Des immeubles situés à la campagne, le mari prenait les *deux tiers*, et la femme le *tiers restant*, sauf, toutefois, si l'époux appartenait au clergé ; dans ce dernier cas, les conjoints recevaient *des parts égales ;*

Pour tous les immeubles situés dans les villes ou leurs banlieues, les époux recevaient des parts égales, sans égard à la condition sociale des personnes.

Tel fut l'état des choses jusqu'à la Diète de 1844-50. Les Etats du Royaume établirent, et l'Ordonnance royale du 19 mai 1845 sanctionna le principe nouveau que, dans tous les mariages conclus après le 14 septembre de la même année, les époux recevront, sans égard à leur condition sociale, *une part égale dans tous les biens communs, tant meubles qu'immeubles.* Toutefois cette loi ne reçut pas de vertu rétroactive pour les mariages conclus avant le jour indiqué plus haut, lesquels continuèrent à être soumis aux dispositions du Code de 1734. Cette réforme dans le régime des biens conjugaux avait été ardemment demandée presque à chaque Diète, pendant une trentaine d'années ; elle avait été repoussée avec tout autant de ténacité comme conduisant à un morcellement des terres nuisible à la noblesse et aux paysans. Maintenant que la réforme est complétement établie,

la nation entière en est pleinement satisfaite, et se félicite, à juste titre, de la victoire remportée par un principe basé sur la justice, l'égalité devant la loi et l'humanité.

Entre autres dispositions, notre loi statue que les époux partagent les dettes d'après les principes qui régissent leur part dans la communauté. Mais en cas de faillite, la part de l'un des époux aux biens de la masse ne peut être saisie que pour payer les dettes particulières de l'autre, dès que la séparation des biens (*boskilnad*) a été légalement demandée.

Le partage des biens conjugaux qui, pendant le mariage, sont sous l'administration exclusive du mari, n'a lieu qu'à la mort de l'un des époux, ou après un divorce, ou encore dans les cas de simple séparation des biens.

Enfin, les droits des époux sur les biens communs sont forfaits dans les circonstances suivantes :

1° En cas de meurtre, le meurtrier perd toute part aux apports de l'autre conjoint;

2° Si l'un des époux commet adultère, le coupable perd la moitié de sa part aux biens communs ;

3° Lorsque l'un des époux, quittant le domicile conjugal pour n'y plus rentrer, s'est rendu en pays étranger, et

4° Lorsque l'un des époux se rend, de manière ou d'autre, coupable d'un attentat à la vie de son conjoint.

Dans ces deux derniers cas, le coupable a forfait toute sa part dans les biens communs.

K. D'OLIVECRONA,
Professeur de droit à l'Université royale d'Upsal,
chevalier de l'ordre royal de l'Etoile polaire.

BIBLIOGRAPHIE.

Die Lehre von der operis novi nunciatio und dem interdictum quod vi aut clam, eine civilistische abhandlung von ADOLPH STOELZEL, Obergerichtsassessor zu Cassel, 1865. 1 vol. in-8°.

Le bon temps de ces fameux traités de droit, qui faisaient la gloire de nos pères, n'est pas encore passé. Il est vrai que, de nos jours, ce n'est plus guère que par des systèmes étranges, sinon philosophiques, du moins d'un historique douteux, que l'on cherche à briller et à se faire un nom, tout aussi vite oublié que le système qui l'a fait naître; mais nous en avons encore de ces rudes piocheurs qui cultivent la science pour elle-même, et ne vont qu'à la recherche de la pure et simple vérité, telle qu'elle se présente dans l'ensemble des monuments du droit. Si elle est dénuée du prestige qu'un système de hautes idées lui prête, si elle nous rebute même par son incompatibilité avec notre manière de voir, elle n'en est que plus méritoire; elle nous épargne de fâcheux anachronismes et des égarements d'esprit, qui pourraient, en se glissant dans nos lois ou dans notre jurisprudence, devenir le fléau de la justice.

Un de ces livres graves et profonds, dont le principal mérite est de répandre une pleine et entière lumière sur une des nombreuses obscurités du droit, est le traité que M. Adolphe Stœlzel, assesseur à la Cour d'appel de Cassel, vient d'écrire sur l'*operis novi nunciatio* et l'*interdictum quod vi aut clam*. Tout à fait étrangère au droit français, cette procédure n'est pour ainsi dire connue que de nom en France, et même en Allemagne, où elle fait encore partie du droit commun en pratique; elle est si peu comprise, que presque chaque auteur en a une opinion différente et que les tribunaux en font l'usage le plus bizarre. Grâce aux études approfondies de M. Stœlzel, elle ne sera plus une énigme indéchiffrable; mais, ramenée à sa juste valeur, elle donnera matière à penser à l'historien et au législateur. Il en résulte qu'elle est un remède de droit, semblable aux actions possessoires, mais avec cette différence qu'elle n'était pas accordée au possesseur, mais au *prohibiteur* comme tel. Quicon-

que avait un intérêt de droit à ce qu'en fait d'immeubles il ne se fît pas d'innovation n'avait qu'à y porter défense, pour pouvoir s'en garantir provisoirement en justice. Le fait même de la prohibition avait certains effets particuliers à la procédure introduite par l'édit du préteur. Quand la prohibition avait été faite en quelque forme que ce fût, soit verbalement, soit symboliquement, comme par le jet d'une petite pierre (*jactus lapilli*) contre la nouvelle entreprise, celle-ci devait être instantanément suspendue et ne pouvait être reprise que sur caution ou sur sentence en pétitoire. A l'aide de l'*interdictum quod vi*, le prohibiteur pouvait faire démolir tout ce qui avait été fait au delà. Le même droit était accordé par l'*interdictum quod clam* contre toute nouvelle entreprise clandestine.

Cependant l'interdit *quod vi aut clam* n'avait d'effet que contre le non-possesseur ; le possesseur pouvait le paralyser par l'*interdictum uti possidetis*, le droit de possession l'emportant sur le droit de prohibition. A cette règle il n'y avait qu'une seule exception, c'était dans le cas où l'innovation consistait en de nouveaux bâtiments (*opus novum solo conjunctum*) ; mais alors il ne suffisait plus d'un intérêt général : le propriétaire seul ou celui qui jouissait à divers titres de certaines servitudes relatives aux bâtiments (avec la formule *Jus mihi esse prohibere*) pouvait, par sa seule défense, faire cesser les travaux du possesseur. L'acte par lequel cela se faisait était une simple déclaration du nouvel œuvre (*operis novi nunciatio*) faite en face du bâtiment en question. L'effet était à peu près le même que dans le cas de l'*interdictum quod vi aut clam*. L'entrepreneur de l'œuvre prohibée devait à l'instant même suspendre ses travaux ou fournir caution, ou implorer rémission en prouvant qu'il n'y avait lieu à la dénonciation du nouvel œuvre ; sans cela il pouvait être forcé par l'*interdictum restitutorium ex operis novi nunciatione*, ou le soi-disant *interdictum demolitorium*, à remettre les choses au *statu quo*. Cet interdit-ci diffère de l'interdit *quod vi aut clam*, outre les promesses, en ce qu'il n'admet pas, comme ce dernier, de contestation sur le droit de prohiber, ce droit ne pouvant être, au cas de l'*operis novi nunciatio*, mis en doute qu'en implorant rémission.

C'est là, en larges traits, la théorie de M. Stœlzel. Pour l'établir, il fallait rendre compte de la procédure du préteur et de

ses formes compliquées, expliquer et compléter les textes, combattre les opinions erronées, entrer dans les questions de détail, puis passer à la jurisprudence moderne et en faire une sévère critique. C'est là un bien long et bien pénible travail; aussi ne remplit-il pas moins de 600 pages d'un travail serré, quoique clair, mais fatigant par sa sécheresse et son laconisme. C'est une étude que de la lire, mais une étude qui familiarise singulièrement avec l'ancienne procédure romaine. La facilité avec laquelle l'auteur y manie les formules de l'édit et tout ce qui s'y rapporte, est surprenante, quand on songe que ce n'est que depuis la découverte de Gaïus qu'on a commencé à y voir clair. Pour en arriver là, il faut avoir bien pénétré non-seulement la science, mais aussi la pratique du droit de procédure; il n'en fallait pas moins non plus pour fixer, comme l'auteur l'a fait sans doute, à tout jamais, la doctrine en cette matière.

D. Th. A. Warnkœnig.

Les constitutions des campagnes de l'Alsace au moyen âge, recueil de documents inédits, publiés par M. l'abbé Hanauer, licencié ès lettres, professeur au gymnase catholique de Colmar; 1 vol. in-8°. Strasbourg, Salomon, et Paris, Durand, 1865. Prix : 6 francs.

On appelle en allemand *dinghof*, en latin *curia dominicalis*, en français *colonge*, une association de paysans réunis pour prendre à ferme et cultiver les biens d'un même propriétaire. Il y avait dans l'ancienne Alsace de cinq à six cents colonges. Chacune d'elles avait ses statuts, sa constitution politique et économique, et les anciens rotules dans lesquels ces statuts ont été mis par écrit se retrouvent presque tous dans les archives départementales ou municipales. L'intérêt qui s'attache à ces pièces est incontestable. C'est la source la plus importante de l'histoire de la condition des paysans au moyen âge. Elle avait été presque complétement négligée jusqu'à ces derniers temps. En 1840, Grimm publia une trentaine de rotules colongers alsaciens dans le troisième volume de ses *Weisthümer*. MM. Stoffel, Burckhardt, Zœpfl, Mone, ont porté à cent cinquante environ le nombre des rotules imprimés. Le recueil de M. l'abbé Hanauer vient encore augmenter ce nombre, et nous le signalons bien volontiers à tous les amis de l'histoire du droit comme une des plus curieuses publications qui aient été faites depuis quelques années.

Les pièces les plus intéressantes de ce recueil sont :

1° Le rotule de Bœrsch (Bas-Rhin), de la fin du douzième siècle, déjà publié par Grimm, mais sur une copie fautive;

2° Le rôle d'Odern, dans la vallée de Saint-Amarin (Haut-Rhin), du treizième siècle;

3° Les rotules de Sermersheim et Kogenheim (Bas-Rhin), du treizième siècle;

4° Constitution de la Marche de Marmoutiers (Bas-Rhin), du douzième siècle. Version allemande du texte latin donné par Schœpflin, constitution de Saint-Quirin (Meurthe);

5° Constitution de la Marche du Hattgau, comprenant Hatten et sept villages voisins (Bas-Rhin); diverses pièces des quinzième et seizième siècles;

6° Constitution de la Marche de l'Uffriet (Sesenheim, Gisenheim, et neuf autres villages voisins, Bas-Rhin). Textes du seizième siècle;

7° Constitution de la Marche de Ribeauvillé (Haut-Rhin), seizième siècle;

8° Les rotules des colonges de Honau, Hofen et Buren, Andolsheim (1431), Eschau (1346), Grendelbruch (1535), Kintzheim, Dettwiller (1380), Ebersmunster, Entzheim (1386), Schæffersheim;

9° Le livre salique de l'abbaye de Hohenbourg, près de Sainte-Odile (Bas-Rhin), avec les constitutions de Rosheim, Blaesheim, Ingermersheim et Sundhausen. Ces deux dernières avaient été publiées par Grimm, mais sur des copies fautives;

10° Les rotules des colonges de Niedermattstall et Morsbronn, Hengwiller, Bischwiller, Rougemont, Minnewiler, Ingersheim, Ober Guémar, Reppes, Avolsheim, Saint-Jean-des-Choux, Wische et Storbach.

Les constitutions colongères ne sont pas des chartes octroyées, ce sont d'anciennes coutumes, produit de l'autonomie communale. M. l'abbé Hanauer ne s'est pas borné à publier et à traduire les plus importants de ces textes : il a réuni toutes les données qu'ils fournissent, et ce travail, intitulé : *Les paysans de l'Alsace au moyen âge*, sera l'objet d'une analyse étendue dans un de nos plus prochains numéros. R. D.

Opere postume di Francesco Forti ; Florence, Eugène et Hamon Cammelli, éditeurs. Paris, Durand. 5 vol. grand in-8. Prix : 52 fr. 50.

Les éditeurs Eugène et Hamon Cammelli viennent de publier à Florence les œuvres, pour la plupart posthumes, d'un jeune jurisconsulte, Francesco Forti, mort il y aura bientôt trente ans (en 1837), mais qui, grâce à cette publication, doit vivre désormais ailleurs que dans la mémoire de ses amis.

Forti était né à Pescia, ville de Toscane, en 1803, d'une famille noble et aisée. Par sa mère, il était le neveu de l'historien Sismondi, et il reçut de son oncle des conseils et des secours pour les fortes études historiques et économiques qu'il poursuivit concurremment avec ses études de droit; alliance heureuse à laquelle les cinq volumes qu'il a laissés doivent un mérite particulier et un caractère d'utilité tout actuelle.

Sous ce titre : *Deux livres des institutes de droit civil accommodées à l'usage du palais*, il a laissé un traité complet sur le droit des personnes dans tous les temps et tous les pays, et spécialement en vue de la *pratique* du duché de Toscane, et il l'a fait précéder d'une histoire complète du droit en Italie.

On est effrayé de l'étendue des recherches attestées par les nombreuses citations des autorités sur lesquelles le jeune auteur s'appuie.

Historien, il l'est à la façon de son oncle, mêlant l'appréciation *philosophique* au récit des faits; il n'est pas exempt de certains préjugés du dix-huitième siècle, mais il est aussi de son pays, et il sème sur son chemin des aperçus piquants et ingénieux qui lui appartiennent en propre.

Nous signalerons le chapitre III, § 35, du tome I^er^, où il examine l'influence qu'exerça sur le droit romain ancien la lutte entre les jurisconsultes et les orateurs.

Les sections III et IV du tome I^er^ traitent de la législation des peuples de l'Italie de l'an 1000 à l'an 1500, puis de cette dernière époque jusqu'en 1814. Forti s'y montre l'émule d'un éminent jurisconsulte Piémontais, M. le comte Sclopis. Un style coulant et ferme respire je ne sais quelle ardeur, quel entrain juvénile qui donne à ces pages un charme particulier.

Le troisième volume est consacré à divers traités, ébauches précieuses sur les testaments, les donations, surtout sur la dot

et l'usufruit. On y voit l'application du droit romain, comme droit positif, dans la Toscane, qu'on pourrait appeler l'un des derniers pays de droit écrit ; les principes anciens se combinent avec les statuts municipaux et les ordonnances ducales; ils s'assouplissent aux mœurs et à la politique moderne.

Il y a là une étude de droit comparé fort intéressante, comme un dernier chaînon de cette chaîne que l'illustre Savigny a retrouvée et mise en lumière pour le moyen âge ; cette étude a été faite en vue de la pratique, ce qui lui donne peut-être plus de précision et de vie, et elle a aujourd'hui une valeur d'à-propos, puisqu'elle nous initie à la législation de l'un des États les plus importants de l'Italie avant l'annexion, et, par suite, nous offre un élément considérable de l'unification législative qui commence à Turin et va s'achever à Florence.

On y verra qu'en Toscane, suivant l'édit des successions du 18 août 1814, comme suivant les principes des lois Léopoldines, les membres des ordres religieux étaient encore exclus de l'hérédité comme morts civilement.

Forti, dans les dernières années de sa vie, exerçait les fonctions du ministère public près la rote criminelle de Florence. On a réuni dans le quatrième volume les conclusions les plus importantes qu'il ait données en cette qualité, et nous les recommandons à ceux qui voudraient savoir ce qu'a produit l'influence de Beccaria dans la législation de son pays natal et sur l'esprit d'un jeune et consciencieux magistrat. On y verra, par exemple, qu'il croyait contraire à tous les principes de poursuivre un régnicole pour des crimes et délits commis par lui en pays étranger.

La place et le temps nous manquent pour donner une idée du cinquième volume qui montre dans Forti ce que les Anglais appellent un *essayiste*. Ce volume contient les articles qu'il a donnés aux journaux et aux revues de son pays. Nous signalerons à ce propos *l'Anthologie*, recueil publié de 1826 à 1832 à Florence par le libraire Vieusseux, dont le cabinet de lecture était fréquenté par tous les étrangers et les nombreux émigrés Italiens qui avaient trouvé, il faut le dire, dans le duché une généreuse hospitalité. On sait aujourd'hui que l'établissement de M. Vieusseux a été, à plus d'un égard, le foyer littéraire, scientifique et *politique* auquel s'est allumée, pour la sphère in-

tellectuelle, la révolution qui se poursuit aujourd'hui sous nos yeux en Italie. Forti fut un des collaborateurs aimés et assidus de *l'Anthologie*. On peut croire qu'il eût été appelé à jouer un rôle important dans les événements qui ont agité sa patrie quelques années après sa mort. Il serait superflu de rechercher quelle eût été son attitude, mais à tous les regrets qu'expriment ses amis dans les notices qu'ils ont jointes à ses œuvres, nous ajouterons celui-ci : l'Italie nous semble avoir perdu dans Forti un ferme esprit, un noble cœur, un caractère sûr et conciliant, un homme enfin qui aurait pu lui rendre les plus grands services dans la crise actuelle. ANICET DIGARD.

Répétitions écrites sur le droit romain, par LÉOPOLD THÉZARD, docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Poitiers. Paris, 1864, Durand, libraire-éditeur, rue des Grès-Sorbonne, 7.

Il ne faut pas chercher dans cet ouvrage une étude savante du droit romain. Il s'agit, le titre l'indique, de simples répétitions. Aussi l'auteur procède-t-il avec l'assurance du maître, et la confiance que lui inspire l'autorité du répétiteur. Il n'entre avec ses élèves dans aucune discussion. Il les suppose parfaitement soumis, et leur expose dogmatiquement les principes du droit romain d'après les Institutes de Justinien. Ce travail est précédé d'une introduction sur l'histoire du droit romain et la procédure romaine. Quoique cette matière soit fort sujette à la controverse, M. Thézard se borne à établir comme certaines quelques idées générales. Au surplus nous ne lui en faisons pas un reproche, puisque son livre s'adresse, non aux jurisconsultes déjà versés dans le droit romain, mais à la jeunesse qui aspire uniquement à la gloire de subir, avec le plus de boules blanches qu'il est possible, les examens des Ecoles. P. C.

Traité de la compétence générale des juges de paix et de leurs diverses attributions en matière civile et de procédure, suivi d'un Formulaire, par J.-L. JAY, auteur du *Dictionnaire général et raisonné des justices de paix, etc.* Durand, 1864, 2e édition.

« Cet ouvrage sera, j'ose l'espérer, dit M. Jay, un véritable Manuel de la compétence civile des juges de paix et de leurs

nombreuses attributions. C'est vers ce but qu'ont tendu tous mes efforts. » L'espoir de l'auteur a été réalisé. Cette seconde édition d'un livre publié en 1848, et rapidement épuisée, est aussi complète qu'on peut le désirer. Elle est accompagnée de tout ce qui peut la rendre pratique : des formules diverses à l'usage des juges de paix et de leurs greffiers et une table bien composée, qui facilite singulièrement les recherches. Les attributions des juges de paix sont fort étendues. La loi de 1838, d'autres lois spéciales sur les octrois, les douanes, les matières électorales, les chemins vicinaux, leur attribuent des fonctions variées. Il importe que les difficultés auxquelles ces fonctions peuvent donner lieu soient levées promptement lorsqu'elles se produisent. P. C.

Traité des actions possessoires, contenant l'exposé complet de la jurisprudence, l'opinion des auteurs, suivi de formules, ouvrage destiné particulièrement à MM. les juges de paix, par M. Bioche. Durand, libraire, 1865. Prix : 8 francs.

Parler d'un travail de M. Bioche c'est parler d'une œuvre sérieuse, savante et utile. Le *Traité des actions possessoires* mérite, comme les précédents ouvrages de l'auteur, cette qualification. Les actions possessoires ne sont pas les moins importantes parmi celles dont la connaissance est confiée au juge de paix. « Ces magistrats, dit M. Bioche, sont plus rapprochés des justiciables et des lieux contentieux ; connaissant mieux les usages et les habitudes des populations agricoles au milieu desquelles ils vivent, devant eux les enquêtes sont plus faciles, la procédure est plus rapide, plus économique. Combien de procès sont épargnés aux justiciables par leur bienveillante intervention ? » Cependant, s'ils échouent dans leurs tentatives de conciliation, il faut avoir recours au droit et se reporter aux principes. Ces principes, M. Bioche les établit avec beaucoup de science, et son livre, accompagné de formules et de tables, comme celui de M. Jay, sera consulté avec profit. P. C.

LETTRE A M. DE ROZIÈRE

SUR LE CONCUBINAT CHEZ LES ROMAINS.

(Suite et fin.)

Dès le moment de leur naissance, les enfants nés du concubinat se trouvaient *sui juris*. Tant qu'ils n'avaient pas atteint l'âge de la puberté, ils étaient donc généralement en tutelle. Mais quels tuteurs pouvaient-ils avoir? Un tuteur légitime? Un tuteur fiduciaire? Non, car ils n'ont pas d'agnats sous la tutelle desquels ils puissent se trouver, ni d'ascendant qui, en les mettant hors de sa puissance, soit dans le cas d'acquérir pour lui ou de procurer à d'autres sur eux la tutelle particulière au *manumissor*. Un tuteur testamentaire? Non plus, tant qu'il n'y eut que le père, investi de la *patria potestas* sur ses enfants, qui fût en droit de leur nommer un tuteur.

Mais peu à peu on s'était relâché des principes, à ce point que, d'après Nératius, contemporain de Trajan, la désignation d'un tuteur par la mère devait être confirmée par le préteur, après enquête il est vrai. Le jurisconsulte ne distingue pas entre la concubine et l'*uxor*, et pour cause, car, par rapport à la mère, les enfants sont d'une seule et même condition (fragm. 2, *De conf. tut.*, et fragm. 4, *De test. tut.*, Dig.).

Si l'on reconnut à la mère le droit de nommer, ou autant vaut, un tuteur à ses enfants, ce droit ne dut pas être refusé au père naturel, dès que les lois Julia et Papia lui eurent fait une paternité certaine. Il existe, en effet, au Digeste et au Code plusieurs fragments (fragm. 7, *De conf. tut.*, Dig., et loi 4, *De conf. tut.*, Cod.), qui autorisent le père naturel à donner un tuteur à ses enfants, à la condition néanmoins d'avoir, en leur laissant une partie de sa fortune, fait preuve d'une solide affection pour eux. Le magistrat avait d'ailleurs à voir s'il convenait que le choix fût approuvé. Nous pouvons remarquer (et notre observation a sa source dans un fragment de Modestin et dans une constitution de Justinien) que le tuteur, nommé par la mère ou

le père naturel, est donné aux biens plutôt qu'à la personne, *in rem potius quam in personam* (fragm. 4, *De test tut.*, Dig., et loi 4, *De conf. tut.*, Cod.).

Quand tutelle testamentaire et tutelle légitime manquaient, il était nommé un tuteur à l'impubère par les magistrats que la loi Atilia et la loi Julia et Titia avaient désignés. Aucun texte n'interdisait à ces magistrats de conférer la tutelle dative au père naturel, s'il était capable de remplir les charges publiques.

La mère, que son sexe écartait de toute fonction, n'aurait pu être investie de cette tutelle. Cependant, lorsqu'elle le demandait, l'empereur, qui peut tout, pouvait lui accorder comme une faveur la tutelle de ses enfants naturels impubères (fragm. 18, *De tut.*, Dig.). En l'an 530, Justinien, faisant une règle de ce qui était une exception, autorisa la mère naturelle à prendre la tutelle de ses enfants impubères (loi 3, *quando mul. tut.*, Cod., et Nov. 89, ch. XIV). Mais elle devait s'engager, sous serment, à ne pas se marier, et renoncer à se prévaloir du sénatus-consulte Velléien, ou de toute autre disposition établie au profit des femmes. Acte de cet engagement était dressé par un magistrat.

Au sortir de la tutelle, l'enfant naturel, comme celui né d'un *justum matrimonium*, recevait généralement un curateur. Les magistrats auraient certainement pu conférer la curatelle au père de cet enfant. Nulle part le contraire n'est dit. La mère, c'est autre chose. Femme, elle est en principe incapable des charges publiques, et il n'existe aucun texte, aucune loi, aucune constitution qui l'ait, à raison de sa qualité de mère, déclarée apte à la curatelle.

Un curateur ne pouvait être donné par testament. Néanmoins le préteur confirmait presque toujours le choix qu'aurait fait le père légitime, et j'ajoute sans hésiter le père naturel. Quant au choix fait par la mère, il était également confirmé sur enquête. C'est un vieux jurisconsulte, Nératius, qui nous l'apprend (fragm. 2, § 1, *De conf. tut.*, Dig.).

Il est du reste probable que les enfants nés du concubinat perdaient assez souvent la qualité de *sui juris*, en entrant, par les modes que le droit civil consacre, sous la puissance de leur père ; conséquemment il n'était alors question pour eux de tutelle et de curatelle que dans les cas où il en était question pour les enfants issus de justes noces.

Ainsi, lorsqu'un père avait adrogé son enfant naturel (et cela, pensons-nous, se pratiqua dès les premiers temps de Rome), cet enfant, devenu *alieni juris*, cessait, par cela même, d'être pupille ou d'avoir un curateur. Il ne pouvait se retrouver en tutelle ou curatelle que si la *patria potestas* venait à être dissoute avant qu'il eût atteint l'âge de vingt-cinq ans. Sa condition alors était exactement celle de tout enfant qui échappe à la puissance paternelle.

L'adrogation, qui jamais n'a lieu qu'avec l'assentiment du peuple ou de l'empereur, fut certainement toujours possible, même quand elle concernait des enfants nés du concubinat. Mais on peut être sûr que Constantin n'accueillait pas favorablement les requêtes à fin d'adrogation, qui pouvaient rendre vaines ses mesures contre les enfants naturels. Seulement tous ses successeurs ne durent pas imiter sa prudence et son rigorisme, et, en effet, Anastase déclara que les enfants de la concubine adrogés par leur père jouiraient de tous les droits attachés à la qualité d'enfants nés de justes noces (loi 6, *De nat. lib.*, Cod.). Justin, qui réagit contre les tendances d'Anastase, confirma cependant pour le passé la constitution de ce prince, mais décida qu'à l'avenir ces sortes d'adrogations ne pourraient plus avoir lieu (loi 7, *De nat. lib.*, Cod.).

Il était certainement dans l'esprit du christianisme de vouloir que l'homme ne soumît pas à une humiliante infériorité la femme qu'il choisissait pour compagne. Le concubinat ne pouvait donc pas être favorisé par les empereurs chrétiens; tous s'efforceront donc de le faire disparaître. Constantin lui portera les premiers coups, avec toute l'ardeur de ses convictions nouvelles et tout l'emportement de ses instincts natifs. Il attaquera l'institution d'Auguste; mais, par une sorte d'aberration mentale, il frappera moins ceux qui contractent une de ces unions dorénavant illégitimes que les innocents produits de rapports disgraciés. Et, remarquons-le, ses successeurs feront plus ou moins preuve de la même inconséquence, selon que le sens moral sera plus ou moins exquis, plus ou moins développé chez eux.

Constantin (nous l'avons vu) assimila, pour ainsi dire, à des *spurii* les enfants qui, à l'avenir, pourraient naître du concubinat. Quant à ceux qui étaient déjà nés, il permit à leur père de leur assurer les mêmes avantages qu'aux enfants nés de justes

noces, pourvu qu'il épousât la concubine dont il les avait eus, et qu'il n'eût pas de descendants d'un précédent mariage. Il créa ce qu'on appelle la *légitimation par mariage subséquent*. Légitimation est le mot propre, car, à dater de ce jour, le concubinat n'est plus une union légale, et les enfants qui en proviennent ne sont plus, en naissant, des *legitimi liberi ;* ils ne sont plus que des *naturales liberi*, nés d'une *licita consuetudo*.

Mais cette légitimation ne pouvait s'appliquer à tous les enfants nés des concubines : les anciennes prohibitions au mariage fondées sur l'inégalité de condition n'avaient pas disparu, et, de plus, Constantin ne permettait de légitimer que les enfants de concubines ingénues ; l'auguste néophyte n'était pas encore assez pénétré des charitables principes du christianisme pour s'intéresser à des êtres dans les veines desquels coulait le sang d'une ancienne esclave. Ajoutons que sa constitution n'était que transitoire, et ne concernait que les enfants actuellement nés (lois 1 et 5, *De nat. lib.*, Cod.). Logique elle était en cela, car si les citoyens avaient eu la certitude de pouvoir légitimer leurs enfants naturels, ils auraient souvent commencé par prendre une concubine, sauf à élever ensuite celle-ci au rang d'*uxor*, dans le cas où leur concubinat aurait été prolifique.

Elle n'eut pas les effets qu'en attendait son auteur : les Romains endurcis persistèrent à s'abstenir de justes noces, et elle n'aboutit finalement qu'à aggraver la position des enfants naturels sans diminuer le nombre de ceux-ci.

Depuis Constantin jusqu'au règne de Théodose II et de Valentinien III, les enfants naturels ne purent d'aucune manière faire partie de la famille de leur père. En fait, leur adrogation était impossible ; en droit, leur légitimation n'avait été permise qu'un instant. Théodose II et Valentinien III, mus par le besoin de remplir les caisses du fisc, plutôt que par le désir de réhabiliter les enfants naturels, permirent au père d'acquérir la *patria potestas* sur ces enfants en les offrant à la curie (loi 3, *De nat. lib.*, Cod.).

Quelques années après, Léon et Anthémius, perfectionnant au point de vue fiscal le système de la légitimation par oblation à la curie, enlevèrent aux enfants ainsi légitimés le droit de refuser les donations ou les legs qui leur seraient faits, et de répudier les successions qui pourraient leur échoir ; ils les rivèrent

indissolublement à la curie eux et leurs enfants, le tout pour le plus grand bien du trésor impérial (loi 4, *De nat. lib.*, Cod.).

Le nouveau mode de légitimation, introduit par Valentinien III et Théodose II, ne réduisit pas sensiblement le chiffre des enfants naturels; aussi, en 476, l'empereur Zénon (loi 5, *De nat. lib.*, Cod.) renouvela-t-il la tentative qui avait si peu réussi à Constantin. Il rétablit la légitimation par mariage subséquent pour les enfants déjà nés, spécifiant toutefois qu'elle ne s'appliquerait pas aux enfants naturels à naître. Son édit n'eut sans doute pas grand succès, puisque Anastase remit en honneur un vieux procédé que depuis près de deux siècles on laissait dans l'oubli, et manifesta solennellement l'intention où il était de consacrer l'adrogation des enfants naturels quand le père, qui s'adresserait à lui, n'aurait pas d'enfants légitimes (loi 6, *De nat. lib.*, Cod.).

Son successeur immédiat, Justin, s'empressa d'abroger ces dispositions (loi 7, *De nat. lib.*, Cod.). Il pensait évidemment que les pères, ne pouvant plus par voie d'adrogation légitimer leurs enfants, se décideraient à les offrir à la curie. Nous ne pouvons prendre le change sur ses motifs. Il a beau s'écrier « que le mariage légitime pourra seul désormais donner aux citoyens le titre de père; qu'il est indigne et impie de demander à des unions honteuses un titre aussi respectable; que ce titre doit être exclusivement accordé par la loi aux gens vertueux qui le méritent, » nous ne sommes pas dupes de ce langage. Justin ne laisse-t-il pas subsister la légitimation par oblation à la curie? Et la moralité des riches qui peuvent y recourir est-elle supérieure à celle des pauvres, qui sollicitaient de la bienveillance impériale la faveur d'adroger leurs enfants?

A Justinien seul revient le mérite d'avoir réellement amélioré la position des enfants naturels. « Nos enim, dit-il quelque part, duplex habuimus studium, et plurimos in libertatem perducere homines ex priore servitute, et ex naturalibus ad legitimos elevare » (Nov. 89, *Préface*). En conséquence, il fit revivre ou consacra d'anciens modes de légitimation, en établit de nouveaux, et ne négligea rien pour exciter les parents à y recourir. Suivant quelques commentateurs, il reconnut quatre manières de légitimer les enfants naturels; trois, suivant d'autres. J'adopte, avec le plus grand nombre de jurisconsultes, ce dernier chiffre,

et je dis qu'on put, sous Justinien, légitimer les enfants nés du concubinat : 1° par mariage subséquent ; 2° par rescrit du prince ; 3° par oblation à la curie.

Le quatrième mode de légitimation aurait été le testament. Lorsque le père d'enfants naturels ne les avait pas légitimés de son vivant, et qu'il manifestait, dans l'acte de ses dernières volontés, le désir de les avoir pour légitimes, ces enfants pouvaient s'adresser à l'empereur et obtenir de lui un rescrit de légitimation. Mais il n'y a pas là, en réalité, un mode de légitimation particulier, il n'y a qu'une variété de la légitimation *per rescriptum principis*, car ce n'est pas le testament qui légitime, c'est la décision impériale.

Le fait par le père naturel d'avoir, dans un acte public, donné à son enfant la qualification de fils, aurait eu pour conséquence, selon quelques-uns, de le légitimer. C'est là une opinion à laquelle je ne me rattache pas. Voët a dit avec raison que l'énonciation émanée du père établit une présomption en faveur du mariage et en faveur de la légitimité des enfants, mais qu'elle n'est pas un moyen de légitimation. Elle ne prévaut pas sur la vérité. Tout simplement, le père affirme que la mère de ses enfants avait qualité d'*uxor*.

Justinien emprunta l'idée de la légitimation par mariage subséquent à la constitution de Constantin et à celle de Zénon, que j'ai mentionnées plus haut. Sa disposition ne fut plus transitoire, comme celles de ces empereurs ; il permit à tout homme, qui dorénavant épouserait sa concubine, de légitimer de la sorte les enfants qu'il aurait eus d'elle, et cela dans le cas même où il aurait des enfants d'un précédent mariage (Nov. 12, ch. IV, et Nov. 89, ch. VIII). Voët attribue à Anastase cette importante réforme ; il s'appuie sur les termes assez vagues de la constitution de l'an 508. Mais cette constitution ne s'applique qu'à l'adrogation des enfants naturels, et la preuve de l'erreur de Voët nous est fournie par Justinien lui-même, qui, dans la Novelle 89, se vante d'avoir introduit la légitimation *per subsequens matrimonium*.

Plus avisé en cela que ses prédécesseurs, mieux inspiré que Constantin et que Zénon, Justinien, comprenant enfin qu'il était indispensable de pouvoir épouser la mère pour légitimer par mariage subséquent les enfants qu'on avait d'elle, supprima les

empêchements au mariage fondés sur l'inégalité de condition et sur l'état d'abjection de la femme (Nov. 117, ch. VI). Justin n'avait, en permettant d'épouser les comédiennes qui renonceraient au théâtre, fait encore disparaître qu'une des anciennes prohibitions.

L'époux de Théodora admit la légitimation des enfants nés de toute espèce de femmes. Il ne s'inquiéta plus du passé de la mère, et c'est ce qui a permis à Angelus de Ubaldis de résoudre affirmativement et avec grande apparence de raison la question : si l'homme, qui avait pris pour concubine une femme souillée par un adultère, et qui avait eu d'elle des enfants, pouvait les légitimer en épousant leur mère. En effet, dit-il, on peut avoir en concubinat une femme coupable d'adultère; on peut, sous Justinien, légitimer par mariage subséquent tous les enfants nés du concubinat, et cela est exclusivement dans leur intérêt; donc il a dû devenir possible d'épouser, en vue de la légitimation, une femme qui aurait commis un adultère (Ang. de Ubald., *Consil.*, 20).

Dans tous les textes où il est question de la légitimation par mariage subséquent, on paraît requérir la rédaction d'*instrumenta dotalia*. Doneau néanmoins ne considère pas cette rédaction comme indispensable, et il pense que, si elle n'a pas eu lieu, les enfants, dont les parents se sont épousés, n'en deviendront pas moins légitimes; car, dit-il, la légitimation est le résultat du mariage et non d'un écrit relatant les conventions matrimoniales (Don., liv. II, ch. XXI).

Vinnius, au contraire, regarde la légitimation comme résultant encore plus de la loi que du mariage lui-même; et puisque, dit-il, la loi 10, *De natur. liber.*, au Code, semble exiger la rédaction d'*instrumenta*, on doit décider que la légitimation ne s'accomplira pas, si les *instrumenta dotalia* n'ont pas été dressés (Vinn., liv. I, tit. X, § 13). Ce raisonnement n'est pas sans valeur; certaines expressions de Justinien, et particulièrement celles qu'il emploie dans la Novelle 12, lui prêtent une nouvelle force. Aussi me rangé-je à l'avis de Vinnius. Mais c'est presque à regret, et uniquement parce que les procédés d'interprétation littérale sont éminemment romains. En pure logique, l'opinion de Doneau serait préférable. Qu'a voulu en effet Justinien? Des γαμίκα συμβόλαια, comme il le dit lui-même. Pourvu

qu'aucun doute ne pût s'élever sur la conversion du concubinat en de justes noces, l'esprit de la loi ne serait-il pas respecté, et n'est-il pas étrange qu'une *ductio domum*, pratiquée avec un éclat presque affecté, ne vaille point la rédaction à huis clos d'un *instrumentum dotale* insignifiant?

Les enfants naturels n'étaient pas légitimés malgré eux; ils ne pouvaient, sans y consentir, être soumis à la *patria potestas*. Du reste, rien n'empêchait les uns d'accepter, les autres de repousser la légitimation qui leur était offerte; c'est ce que, dans sa Novelle 89, chap. 1, Justinien nous apprend.

Enfin, pour que la légitimation fût possible, il fallait que les enfants fussent nés d'une femme que leur père eût pu prendre comme *uxor*, bien qu'il ne l'eût prise que comme concubine. Mais elles n'abondent pas, sous Justinien, ces femmes qu'on eût le droit de prendre comme concubines et qu'il fût défendu d'épouser. Si l'on excepte la femme qui appartient à la province où l'homme qui veut se l'attacher exerce des fonctions publiques, nous n'en voyons aucune qu'on ne puisse indifféremment avoir à titre de concubine ou à titre d'*uxor*. Ce fait n'a point frappé les auteurs; aussi expliquent-ils couramment la pensée de Justinien, en disant qu'il a voulu prohiber la légitimation des enfants nés d'un commerce adultérin ou incestueux.

C'est commode, mais c'est bien négligé! On ne peut légitimer que les enfants nés d'une concubine, or on ne peut avoir pour concubine une femme avec laquelle on serait en état d'adultère ou d'inceste.

Que Covarruvias et Fachineus, que Pérèze et Sarmient, qui accommodaient les textes romains aux données du droit canonique, et qui écrivaient à une époque où les *spurii* pouvaient être légitimés, aient adapté la restriction faite par Justinien au cas d'inceste ou d'adultère, il n'y a là rien à reprendre. Mais que des commentateurs, traitant de pur droit romain, aient pu paraître croire à des enfants adultérins ou incestueux nés d'un concubinat, cela nous surprend.

Néanmoins une question longuement traitée par Pérèze, et qui est relative à la détermination du moment où il faut se placer pour savoir si un enfant est ou n'est pas de ceux qu'on puisse légitimer par mariage subséquent, a son intérêt pour nous, comme elle avait son importance pour Pérèze.

Covarruvias, cité par ce jurisconsulte, voulait qu'on se plaçât au moment de la naissance ; car, en définitive, disait-il, il s'agit de se prononcer sur l'état des enfants, et aux termes d'une constitution de Justinien, lorsqu'il y a doute sur l'état des enfants, on doit se reporter au temps de l'accouchement et non à celui de la conception. « Semper in quæstionibus, in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis, sed partus tempus inspiciatur. » (Loi 11, Cod., *De nat. lib.*)

Fachineus partage l'opinion de Covarruvias (liv. III, ch. L, de ses *Controversiæ*).

Sarmient, au contraire, dont l'avis est suivi par Pérèze, pense que c'est au moment de la conception qu'il faut se reporter (Sarmient, liv. I, *Select.*, ch. V, n° 10. — Pérèze, liv. V, tit. XXVII, Cod.). Il tire argument d'un fragment des Réponses de Paul, rapporté au Digeste. Dans son système, s'il n'y a pas eu d'empêchement au mariage entre le père et la mère à l'époque de la conception des enfants, ceux-ci pourront être légitimés par le mariage subséquent. Si un empêchement existait lorsqu'ils ont été conçus, leur légitimation sera impossible, encore qu'il n'existât plus au moment de la naissance.

Pour se mettre complétement d'accord, il eût peut-être suffi à ces jurisconsultes de lire jusqu'au bout la constitution du 15 des Kalendes d'avril de l'an 530, invoquée par Covarruvias. Ils y eussent trouvé une solution dont je compte me prévaloir, et qui, favorable à la légitimation, est en même temps conforme au principe d'après lequel l'enfant conçu est réputé né, toutes les fois que cette fiction peut lui procurer quelque avantage, et non quand elle peut lui être désavantageuse. Dans cette constitution, Justinien dit, et Covarruvias le remarque, que, lorsqu'il y aura doute sur l'état des enfants, on se reportera non pas à l'époque de leur conception, mais à celle de leur naissance : *non conceptionis tempus sed partus inspiciatur*. Mais il ajoute : *Hoc favore facimus liberorum*, c'est dans l'intérêt des enfants que nous décidons ainsi ; en conséquence, notre règle cessera de s'appliquer lorsqu'il pourra être utile à ces enfants qu'on se reporte à l'époque de la conception, *in his casibus, in quibus conceptionem approbari infantium conditionis utilitas expostulat*. De là, j'arrive logiquement à décider qu'on se placera, avec Sarmient et Pérèze, à l'époque de la conception dans les cas où

cela sera profitable aux enfants, et, avec Covarruvias et Fachineus, à celle de la naissance toutes les fois que ces enfants y auront quelque avantage.

Ainsi un citoyen romain habite une province de l'empire, il y a pris une concubine, et cette concubine est enceinte au moment où il est appelé dans cette province à une fonction importante. Cette femme, qu'il a gardée près de lui, accouche durant sa magistrature. A l'époque de l'accouchement il n'eût certainement pu la prendre pour *uxor*, mais il ne lui était pas interdit de l'épouser au temps de la conception. Quand plus tard il ne sera plus fonctionnaire, il pourra, en épousant sa concubine, légitimer l'enfant qu'il a eu d'elle, car nous sommes dans un de ces cas *in quibus conceptionem magis approbari infantium conditionis utilitas expostulat*.

Autre hypothèse : Le gouverneur d'une province a choisi une concubine parmi ses administrées. Elle devient enceinte. Avant qu'elle soit accouchée, il se démet de ses fonctions ou en est destitué, puis la femme accouche. A l'époque de la conception il n'eût pu l'épouser, il le peut à l'époque de l'accouchement; il pourra donc, si bon lui semble, par mariage subséquent légitimer leur enfant, car nous sommes dans un cas où *non conceptionis sed partus tempus inspicitur, et hoc favore liberorum*.

Si le magistrat, que je viens de supposer, avait encore été en fonction au moment de l'accouchement, il n'eût jamais pu légitimer son enfant par mariage subséquent, car, ni à l'époque de la conception, ni à l'époque de la naissance, il ne se fût trouvé dans la condition de pouvoir épouser la mère.

L'enfant conçu, ou né dans des circonstances qui permettent sa légitimation ultérieure, perdrait-il son aptitude à être légitimé, par le fait qu'un empêchement temporaire aurait mis obstacle au mariage du père et de la mère dont il est issu?

Lucius Titius a eu un fils de Mœvia sa concubine; il a épousé ensuite une autre femme que celle-ci; puis cette union venant à se dissoudre, il est retourné à Mœvia et en a fait son *uxor*. Ce mariage avec Mœvia légitimera-t-il le fils qu'il a eu d'elle autrefois?

Si des auteurs ont pu, comme le prétend Bachovius, soutenir la négative, ils n'ont pas dû obtenir grand crédit. Quant à lui, il ne met pas en doute la validité de la légitimation, mais il

croit que les enfants, ainsi légitimés, ne seront considérés comme nés qu'à partir du mariage auquel ils doivent leur légitimation. Si donc le père avait dit dans son testament : Je lègue tel objet à mon fils aîné, cet objet irait au fils de la première épouse, bien qu'en fait il soit le puîné des enfants de l'ancienne concubine.

Dans une autre opinion que Voët professe, les enfants nés du concubinat peuvent aussi être légitimés par le mariage de leurs parents, mais on ne les fait pas entrer dans la famille paternelle au second rang seulement et à la suite des enfants nés de l'union qui s'est intercalée entre leur naissance et leur légitimation (Voët, liv. XXV, tit. VII).

Bachovius repousse cette opinion qu'il trouve rigoureuse pour les enfants nés de la première épouse, et qui a pour effet, dit-il, d'enlever à ces enfants des droits acquis (Reinhardi Bachov. *Notæ et animadversiones ad Disputationes Treutleri*, vol. I, disp. 2, thès. 7).

Mais est-il vrai qu'en droit romain des enfants aient un droit acquis à ce que leur père n'ajoute pas de nouveaux membres à sa famille? Lucius Titius, cité dans l'exemple que nous avons pris tout à l'heure, n'aurait-il pu adopter un étranger beaucoup plus âgé que le plus âgé de ses enfants nés de justes noces, et alors le legs qu'il eût fait à l'aîné de ses enfants n'eût-il pas appartenu à cet adopté? Aussi, partageons-nous le sentiment de Voët, et croyons-nous que la légitimation par mariage subséquent fait disparaître toute différence entre les enfants de la concubine dont on fait aujourd'hui une *uxor*, et ceux de la femme qu'on a épousée autrefois; il n'existe plus que des enfants légitimes ayant les mêmes droits, et chacun l'âge que la nature lui donne.

Un homme, ayant un fils naturel et un petit-fils naturel qui soit le fils légitime du fils naturel, peut-il, après la mort de son fils naturel, en épousant la concubine dont il a eu ce fils, légitimer son petit-fils?

Question intéressante et délicate!

Pour la négative, on dit que la légitimation repose sur le fils qui sert de trait-d'union entre l'aïeul et les petits-enfants; que, s'il vient à disparaître avant que par lui les petits-enfants soient rattachés à leur aïeul, ceux-ci ne pourront pas profiter du ma-

riage de leur grand'père naturel avec la mère de leur père ; enfin que les constitutions relatives à la matière ne parlent que de la légitimation des enfants de la concubine. Ce sont là les arguments de Vinnius (liv. I, tit. x, § 13) et de Bachovius (*Not. et animadv. ad Disput. Treutler.*, vol. I, thès. 7, disp. 2).

Pour l'affirmative, on fait observer que les textes, relatifs à la légitimation par mariage subséquent, emploient au contraire l'expression générale de *liberi* ; que cette expression comprend tous les descendants : « Liberorum appellatione, dit Callistrate (dans le fragm. 220, *De verbor. signific.*, Dig.), nepotes et pronepotes, cæterique qui ex his descendunt continentur ; » que le mariage subséquent avec la concubine est réputé avoir eu lieu, au moment où l'on se mettait en concubinat avec elle ; que, par suite de cette fiction, l'enfant qu'elle a eu ayant toujours été légitime, le petit-fils sera censé l'avoir toujours été aussi. En faveur de cette opinion, on peut encore invoquer les considérations suivantes, présentées par Voët : Il est permis d'adopter une personne comme petit-fils, même quand on n'aurait jamais eu de fils : on le suppose alors né d'un fils prédécédé. Un texte de Paul (fragm. 5, *De gradibus et aff.*, Dig.), où l'on voit que, si un chef de famille après avoir perdu son fils adopte quelqu'un, l'adopté sera considéré comme le frère du défunt, prouve bien d'ailleurs que l'existence d'une personne n'est pas nécessaire pour établir même, par rapport à elle, des liens purement civils.

Je penche vers cette dernière opinion ; elle est favorable aux enfants naturels et elle ne me paraît ni contraire à la morale, ni en opposition aux principes qui ont inspiré Justinien. Il est bien entendu que le fils naturel d'un enfant naturel, qui lui-même n'a pas épousé sa concubine, ne pourrait être légitimé par le mariage subséquent de l'aïeul avec la concubine, dont est né le père de cet enfant.

Les enfants légitimés par mariage subséquent faisaient partie de la famille de leur père ; ils étaient complétement assimilés aux enfants nés d'un *matrimonium justum*, jouissaient des mêmes droits que ces derniers ; comme eux, ils succédaient à leur père et à tous les parents paternels.

La légitimation par mariage subséquent suppose une femme que le père des enfants nés du concubinat puisse épouser. Mais

quand cette femme n'existait plus, ou quand il était légalement ou moralement impossible au père d'en faire son épouse, il pouvait s'adresser à l'empereur, et obtenir de lui un rescrit qui prononçait la légitimation. Ce mode de légitimation *per principis rescriptum* est dû à Justinien; non pas qu'il n'y ait eu, antérieurement à ce prince, des précédents qui ont pu et dû le guider : il y en a de très-certains, mais ils sont rares. On trouve, au Digeste (fragm. 57, § 1, *De rit. nupt.*), un rescrit très-curieux de Marc-Aurèle et de Lucius Vérus qui confèrent à des enfants nés d'une nièce et de son oncle maternel la qualité d'enfants nés de justes noces. Néanmoins, c'est Justinien qui fit du rescrit impérial un moyen permanent et usuel de légitimation.

Sous la triple condition que les enfants naturels consentiront à être légitimés, qu'ils seront nés d'une femme libre au moins à l'époque de l'accouchement, et que leur père n'aura pas actuellement d'enfants d'un *matrimonium justum*, cette légitimation pourra s'accomplir (Nov. 89, ch. IX et XI). Voët inclinerait même à croire que, dans le cas où il y aurait des enfants légitimes, l'enfant né du concubinat pourrait être légitimé, sauf à n'avoir aucun droit héréditaire au détriment des *liberi justi* déjà nés. L'opinion de Voët, dont l'intérêt n'est que moral, semble peu conciliable avec la Novelle de Justinien : « La légitimation des enfants naturels par rescrit impérial est possible, mais, *ita si pater non habuerit legitimam prolem.* »

Lorsque le père des enfants naturels ne les avait pas légitimés de son vivant, et que cependant il avait exprimé dans son testament le désir qu'ils le fussent, ces enfants pouvaient, si le défunt n'avait pas laissé d'enfants légitimes, s'adresser aussi à l'empereur et obtenir de lui un rescrit de légitimation (Nov. 89, ch. X).

La légitimation *per rescriptum principis*, comme la légitimation par mariage subséquent, avait pour effet de donner à l'enfant tous les droits d'un enfant légitime, tant à l'égard du père qu'à l'égard des parents de celui-ci. Il n'était pas nécessaire d'obtenir le consentement de ces derniers, et en effet, s'il leur déplaisait que l'enfant légitimé eût, par rapport à eux, les avantages résultants pour lui de la légitimation, une ligne de leur testament pouvait les lui enlever.

Des légitimations la moins favorable aux enfants était celle

qu'avaient créée Théodose II et Valentinien III, et qui résultait de l'oblation à la curie. Justinien la maintint et lui donna des règles définitives. Il l'appliqua non-seulement aux enfants nés du *concubinatus*, mais même aux *spurii*, même aux *nati ex ancilla* ! On sait dans quel but elle avait été établie. La curie était accablée sous le poids des plus lourdes charges : elle devait assurer la perception de l'impôt, et chacun de ses membres était personnellement responsable envers le trésor du déficit qui pouvait exister. On avait bien attaché quelques priviléges au titre de *curialis*, mais ces priviléges ne compensaient pas les inconvénients de la position, aussi était-elle peu enviée; elle finit même par devenir intolérable, et sous le Bas-Empire les citoyens faisaient des efforts, non moins désespérés que vains, pour tâcher de s'y soustraire. Ils y restaient maintenus jusqu'à extinction de fortune ; mais comme leur ruine était inévitable, des vides se faisaient dans la curie, et ces vides ne se comblaient pas. Pour les remplir, Théodose II et Valentinien III déclarèrent que tout citoyen, curial ou non, qui offrirait son fils naturel à la curie, et par suite donnerait à ce fils vingt-cinq *jugera* de terre, acquerrait sur lui la *patria potestas*.

L'oblation devait se faire à la curie de la ville où le père était né, ou à celle de la ville dont relevait le lieu de sa résidence. S'il était né à Rome ou à Constantinople, il pouvait choisir la curie de toute ville métropolitaine. Le père, qui n'avait pas d'enfants légitimes, pouvait seul légitimer ses enfants naturels en les soumettant aux charges municipales. Justinien fit disparaître toute restriction de ce genre : il rendit la légitimation possible non-seulement au père, mais à l'aïeul et à tout autre ascendant, même lorsqu'il y aurait des descendants légitimes (Nov. 89, ch. II, §§ 1 et 2). Libre à celui qui avait plusieurs enfants, ou descendants naturels, de n'en annexer qu'un seul, ou quelques-uns à l'ordre des curiaux (loi 3, *De nat. lib.*, Cod.), mais alors il n'acquérait la *patria potestas* que sur celui ou ceux qu'il avait offerts. La dignité, dont le fils naturel pouvait être revêtu, ne faisait pas obstacle à l'oblation, à moins que cette dignité ne fût de celles qui dispensent des charges municipales.

Aucune forme n'était imposée au père pour faire de ses fils des curiaux, et ainsi les légitimer. On n'exigeait qu'une chose : leur adhésion au projet paternel. Une fois leur adhésion donnée,

ils ne pouvaient revenir sur ce qui avait eu lieu. Et si, par hasard, préférant leur qualité d'enfants naturels aux ennuis de la curie, ils répudiaient les libéralités entre-vifs ou testamentaires, qu'en vue de leur légitimation le père leur avait faites, ils devaient bien se garder de détourner quoi que ce soit des biens paternels, car on les considérait comme curiaux malgré leurs refus et protestations, dès qu'on les trouvait nantis du moindre objet qui eût appartenu à leur père.

Enfin les enfants naturels, quand ils n'avaient pas de frères légitimes, pouvaient, après la mort de leur père, s'offrir eux-mêmes à la curie (Nov. 89, ch. II, § 1).

« Une chose particulière à la légitimation par oblation à la curie, dit M. Ortolan, c'est que l'enfant, quoiqu'il passât sous la puissance du père, n'acquérait de droits que par rapport à ce dernier ; de telle sorte qu'on peut dire qu'il n'entrait pas dans la famille, chose qui eût été inconciliable avec les principes de l'ancien droit, car on ne pouvait être sous la puissance du père sans être dans sa famille. » L'enfant ainsi légitimé n'avait donc aucun droit sur les biens des parents de son père, et réciproquement ces personnes n'en avaient aucun sur les siens (loi 9, *De nat.*, Cod., et Nov. 8, ch. IV). En somme, il n'était légitime que par rapport à son père, il avait comme tel des droits à sa succession, pouvait recevoir de lui des libéralités testamentaires ; sauf pourtant s'il se trouvait en concours avec des enfants légitimes, à ne jamais recueillir qu'une part égale à celle de l'enfant légitime le moins prenant.

J'ai dit que l'enfant légitimé par oblation à la curie n'avait aucun droit sur les biens des parents de son père. Je pense néanmoins, monsieur, et vous penserez probablement comme moi, que, s'il était né du concubinat, sa légitimation ne devait pas lui enlever son aptitude à la *bonorum possessio unde cognati*.

Justinien, qui ne perd pas de vue les intérêts du trésor, engage, dans sa Novelle 89, le père qui n'a pas d'enfants légitimes, à laisser toute sa succession à ses enfants naturels, lorsqu'il les offre à la curie par son testament. Puis, craignant sans doute que son conseil ne soit point suivi, il leur attribue de sa propre autorité les trois quarts des biens paternels. Institués pour une moindre part, ces enfants auront une action en supplément. Les neuf onces réservées ne profitaient qu'à ceux d'entre eux qui

consentaient à devenir curiaux, et si tous refusaient de le devenir, elles passaient à la curie.

Dans le cas où le père mourait intestat, sans avoir fait aucune oblation de ses enfants naturels à la curie, et sans laisser d'enfants nés de *justæ nuptiæ*, l'empereur n'hésita pas à laisser prendre par les enfants nés du concubinat, qui s'offriraient d'eux-mêmes aux charges municipales, les trois quarts de la succession du père.

Les enfants, que le fils naturel devenu curial avait eus postérieurement à sa légitimation, succédaient de plein droit aux biens, aux charges et aux dignités de leur père; quant à ceux qu'il avait eus auparavant, ils étaient sur le même pied que ceux-ci, lorsqu'ils consentaient à faire partie de la curie; lorsqu'ils n'y consentaient pas, ils ne prenaient que le quart de ce qu'ils eussent eu dans le cas contraire : le reste appartenait à ceux de leurs frères qui étaient curiaux, et subsidiairement à la curie (Nov. 89, ch. VI).

En mariant sa fille naturelle à un *curialis*, le père pouvait aussi la légitimer (loi 3, *De natur. lib.*, Cod., et Nov. 89, ch. III).

On voit, par tout ce qui précède, la différence qu'il y avait entre les diverses espèces de légitimation. Les deux premières faisaient du légitimé un véritable enfant légitime, celle par oblation à la curie ne le légitimait qu'à l'égard du père. Par l'oblation à la curie et le mariage subséquent on pouvait légitimer ses enfants naturels, même lorsqu'on avait des enfants légitimes; par rescrit du prince on ne le pouvait pas. Enfin, l'enfant légitimé par oblation à la curie ne pouvait, si son père avait des enfants légitimes, recevoir de lui qu'une part égale à celle de l'enfant légitime le moins prenant. Les enfants légitimés par les deux autres modes pouvaient recevoir tout ce qu'il plaisait au père de leur donner.

La législation de Justinien sur les enfants nés du concubinat dura près de trois siècles et demi, et ne fut modifiée que tout à la fin du neuvième siècle par Léon VI le Philosophe.

Ce philosophe abolit le concubinat. A partir de sa Novelle 91, les enfants *ex concubinatu quæsiti* et ceux nés d'unions criminelles et passagères sont confondus; il n'y a plus, en dehors des enfants nés de justes noces, que des *vulgo concepti*, régis par une législation vraiment barbare.

Le concubinat, tant qu'il fut licite, et les *justæ nuptiæ* ne pouvaient s'établir qu'entre personnes libres.

Entre esclaves, l'union que les Romains avaient reconnue et qualifiée était le *contubernium*. Le *matrimonium*, c'est-à-dire la *maris ac feminæ conjunctio*, étant de droit naturel, il n'est pas étonnant que les esclaves aient eu aussi leur mariage valable. Seulement, pour qu'il produisît les conséquences juridiques peu nombreuses que nous énumérerons bientôt, fallait-il que le maître l'eût autorisé? Voilà, monsieur, une question que je résoudrais volontiers par l'affirmative, mais pour la solution de laquelle je suis privé de tout document. Un point, selon moi incontestable, c'est que, si le *contubernium* avait dû s'établir entre esclaves appartenant à des maîtres différents, le consentement des deux maîtres eût été nécessaire; sans cela, il eût pu naître, au profit de l'un ou de l'autre, des actions noxales *legis Aquiliæ*, ou *de servo corrupto*.

La continuité et la stabilité du *contubernium* ne permettaient pas de l'assimiler à ces relations passagères, fugitives comme le caprice, et connues sous le nom de *stuprum* et de *fornicatio*. Jamais on n'a dit qu'un homme et une femme esclaves, vivant ensemble d'une manière permanente, fussent en état de *stuprum*.

Les enfants qui naissaient du *contubernium* étaient esclaves comme leurs parents, et appartenaient au maître de la mère.

Aux unions régulières entre esclaves, le droit civil, ai-je dit, accordait quelques effets. Ainsi, la parenté résultant du *contubernium* était une cause d'empêchement au mariage : « Illud certum est serviles quoque cognationes impedimento nuptiis esse, si forte pater et filia aut frater et soror manumissi fuerint. » (Inst., liv. I, tit. x, § 10; fragm. 14, § 2, *De rit. nupt.*, Dig.) Si père et enfants venaient à être affranchis, ceux-ci ne pouvaient pratiquer contre le premier une *in jus vocatio* sans l'autorisation préalable du magistrat, absolument comme s'ils étaient nés d'un *matrimonium justum* ou d'un concubinat (fragm. 4, §§ 3 et 6, *De in jus voc.*, Dig.).

On n'aurait pas donné le nom de *contubernium* aux rapports accidentels qu'un esclave eût pu avoir avec une femme esclave : ils n'eussent été qu'une *fornicatio*. Mais on désignait fort bien sous le nom de *contubernium* l'état d'union continue d'un homme libre avec son esclave. Cette union produisait les mêmes effets

que celle entre deux esclaves. Les enfants qui en naissaient suivaient la condition de leur mère, et comme elle, étaient esclaves. Ils furent cependant compris par Justinien au nombre des enfants dont la légitimation était possible soit par oblation à la curie, soit par mariage subséquent (Nov. 18, ch. XI). Le maître n'avait qu'à affranchir sa *contubernalis* et les enfants issus d'elle, pour pouvoir à son choix légitimer ceux-ci en les offrant à la curie, ou en épousant leur mère. Le seul mode de légitimation qui restât inapplicable aux enfants dont il s'agit, était la légitimation *per principis rescriptum*. L'empereur avait en effet expressément déclaré que ce mode ne pourrait s'employer que pour légitimer les enfants nés d'une femme libre.

Par analogie, j'admettrai facilement qu'un esclave devenu libre eût pu légitimer ses enfants affranchis comme lui soit en en faisant des curiaux, soit en épousant leur mère, son ancienne *contubernalis*, elle aussi actuellement libre de la *dominica potestas*.

Mais si cet ancien esclave, au lieu de devoir à une *ancilla* les enfants qu'il voulait légitimer, les avait eus avant son affranchissement de la femme à laquelle il appartenait, pourrait-il acquérir sur eux la *patria potestas* en épousant plus tard cette femme, ou en les offrant à la curie? Je répondrai hardiment que non. Les rapports d'une femme avec son esclave ont toujours paru monstrueux aux Romains. C'est pour eux un fait hors nature : ils ne peuvent se prêter à reconnaître l'esclave de la mère comme père de l'enfant. Sous Constantin, ces relations, de tout temps odieuses, deviennent criminelles. Elles ne cessent pas de l'être sous Justinien ; cet empereur n'a donc pu permettre d'en légitimer les produits.

Quelquefois dans les textes, l'esclave dont un homme libre fait sa compagne, est appelée *concubina* (fragm. 38, *De reb. auct.*; fragm. 8, *De pign. et hyp.*, Dig.; loi 3, *Comm. de man.*, Cod.). Mais cette dénomination est impropre et abusive; la concubine doit être libre; et Cujas dit avec raison que la femme esclave qui vit, soit avec un homme libre, soit avec un esclave, doit être appelée *contubernalis*.

Dans le *contubernium* il peut encore moins être question de dot que dans le concubinat. Les infractions à la fidélité conjugale entre personnes vivant en *contubernium* n'étaient l'objet

d'aucune répression; la loi Julia *De adulteriis* ne concernait que les *uxores* et que les concubines, *quæ in concubinatu se dando, matronæ nomen non amiserunt*.

Les relations qui s'établissaient entre une femme libre et son esclave étaient, avons-nous dit, très-mal vues; elles constituaient un *stuprum* des plus énergiquement réprimés, et n'échappaient pas à toute répression légale, comme y échappaient beaucoup d'autres unions illicites qui sont appelées *fornicationes*.

La *fornicatio* est définie par Voët : « Concubitus cum inhonesta femina, corpore quæstum faciente. » (Voët, liv. XLVIII, tit. v.) Elle ne se commet qu'avec des femmes éhontées, trafiquant de leurs faveurs.

Ces femmes vénales étaient généralement désignées sous les noms de *meretrices, amicæ, scorta, focariæ;* toutes étaient notées d'infamie. Cependant alors comme aujourd'hui, le mépris leur était distribué à doses différentes; et la coûteuse et pimpante *amica* se mettait elle-même bien au-dessus de la *focaria* débraillée. Les plus dédaignées étaient évidemment celles que les Romains désignaient par l'expression de *scorta;* les moins conspuées, celles qu'ils décoraient du nom gracieux d'*amicæ*. Au fond, femmes entretenues, courtisanes, filles publiques, femmes à soldats, elles n'étaient toutes que des *meretrices*.

Comme telles, elles se trouvaient autrefois dans la catégorie des femmes qu'on ne pouvait épouser. Ce fut Justinien qui leur permit d'aspirer au titre d'*uxores*. Auparavant, elles étaient naturellement soumises à toutes les incapacités prononcées par les lois Julia et Papia Poppœa contre les *cœlibes*, à moins pourtant qu'elles ne parvinssent à devenir la concubine de quelqu'un de leurs admirateurs. Quand elles étaient arrivées à leurs fins, elles cessaient d'être *cœlibes*, et les enfants qu'elles avaient pu avoir leur servaient pour le *jus capiendi ex testamento*. Toujours, du reste, pour le *jus liberorum*, les enfants leur étaient comptés.

Si les courtisanes qui ne renonçaient pas à leur genre de vie, ne pouvaient *capere ex testamento*, et cela parce que fatalement elles étaient *cœlibes*, elles pouvaient cependant recevoir des donations entre-vifs. Il était, en principe, permis à tout citoyen romain de faire, de son vivant, des libéralités à cette sorte de femmes; Ulpien nous le dit en propres termes (fragm. 5,

De donat., Dig.). Quelle que fût la forme sous laquelle se présentât l'acte de libéralité, il était valable. L'ignominie des *meretrices* ne les rendait pas incapables de recevoir des donations. « Affectionis gratia neque honestæ, neque inhonestæ, donationes sunt prohibitæ; honestæ, erga bene merentes amicos vel necessarios; inhonestæ, circa meretrices. » Mais l'engagement pris envers elles pour obtenir leurs faveurs pouvait ne pas être tenu, car il avait une cause honteuse. La loi ne consacre pas les obligations résultant de pareils marchés. Connan exprime cette pensée, en remarquant néanmoins, ce qui est vrai, que le payement réalisé ne pourrait donner lieu à la *condictio ob turpem causam*; et Ulpien explique dans ce cas le refus de la répétition par cette raison, digne de la casuistique moderne : que la honte de la courtisane consiste, non pas à toucher le prix de ses faveurs, puisqu'elle est *meretrix*, mais à avoir adopté ce métier dégradant : « Illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix. » (Fragm. 4, § 3, *De cond. ob turp.*, Dig.)

Il y avait un ordre de *meretrices* qui ne pouvaient recevoir de libéralités de l'homme qui avait ses habitudes avec elles. C'étaient les *focariæ*, espèce de femmes dont les soldats faisaient leurs maîtresses, et dont on retrouve actuellement l'exacte reproduction dans les *rabonas* des *guerreros* péruviens. La *focaria* suivait son amant à l'armée, lui préparait ses repas, le soignait, lui rendait toutes sortes de services. Les militaires sans doute récompensaient souvent ces soins. Mais il arriva qu'un d'entre eux, nommé Marcus, après avoir trop généreusement à son gré reconnu les attentions de sa *focaria*, voulut revenir sur ses libéralités. Il s'adressa à Antonin, et celui-ci, par un rescrit, déclara nulles les donations faites aux *focariæ*. « Je ne veux pas, dit-il, que mes soldats soient ruinés et trahis par leurs *focariæ*. *Licet cessante jure matrimonii donatio perfici potuerit, milites tamen meos a focariis suis hac ratione fictisque adulationibus spoliari nolo.* » (Loi 2, *De don. int. vir.*, Cod.)

Quelques auteurs ont prétendu qu'à partir de Justinien toutes les *meretrices* durent être incapables de recevoir des donations de qui que ce fût. Ils puisent leur conviction à cet égard dans la Novelle 14, qui défendrait, d'après eux, non-seulement le trafic des courtisanes, mais encore expulserait ces malheureuses de

toutes les villes de l'empire (Hotman, *Disp.*, *De donat.*, ch. VII). Il y a là erreur. La Novelle 14 ne frappe que les *lenones*, elle n'a de rigueurs que pour eux ; ses expressions au contraire respirent la pitié et la commisération dès qu'il s'agit des malheureuses qu'ils exploitent. L'empereur prie ces femmes, les adjure de vivre honnêtement, mais il n'ajoute rien à leur misère, il ne leur enlève point le droit de recevoir des donations.

Les enfants nés des femmes dont je parle étaient des *volgivaga Venere nati*, ou, plus juridiquement, comme tous les enfants dont le père n'est pas certain, des *vulgo quæsiti*, des *vulgo concepti*, des *spurii*, termes qui correspondent à notre mot français *bâtard*. Les expressions *vulgo concepti*, *vulgo quæsiti* et *volgivaga Venere nati* sont assez claires et se comprennent aisément. Il n'en est pas de même de l'expression *spurii* ; les jurisconsultes en proposent des explications différentes : les uns tirent ce mot du grec σποράδην, qui signifie çà et là, *spurius* ne serait que la traduction grecque de l'expression *vulgo conceptus*. D'autres l'entendent comme synonyme de *sine patre*. Les Romains, disent-ils, quand ils voulaient indiquer qu'un enfant était *vulgo conceptus*, se contentaient d'ajouter soit avant, soit après son nom, les lettres S. P., ce qui voulait dire *sine patre*. Mais, comme ils avaient aussi l'habitude de n'écrire souvent que les premières lettres du prénom d'une personne, ils désignaient par les mêmes lettres S. P., mises à côté du nom, les personnes dont le prénom était Spurius. La confusion était facile, aussi finirent-ils bientôt par appliquer à tout *vulgo quæsitus* le nom de *spurius*, dont ils firent un qualificatif.

Quelle que soit la valeur de ces deux explications, et la véritable étymologie du mot, les *spurii* étaient les enfants nés d'unions illicites. Pas plus qu'aux enfants nés du concubinat, on ne leur contestait la faculté d'aspirer aux honneurs et aux dignités ; pas plus qu'à ces derniers on ne leur contestait la qualité de fils de leur mère, et en conséquence ils pouvaient réclamer d'elle des aliments. Plus tard, lorsque le préteur eut inventé la *bonorum possessio unde cognati*, ils eurent des droits à la succession de leur mère et à celle des parents de celle-ci ; ce qui implique qu'ils avaient aussi des droits à la succession les uns des autres. Enfin, après le sénatus-consulte Orphitien, ils furent appelés à l'hérédité légitime de leur mère, qui, de son côté, fut

appelée à la leur par le sénatus-consulte Tertullien, quand toutefois elle avait eu un certain nombre d'enfants. J'ai déjà expliqué à propos du concubinat comment ces successions étaient dévolues; je n'y reviendrai pas.

En un mot, dans leurs rapports avec leur mère et sa famille, les *vulgo concepti* n'étaient pas autrement traités que les enfants nés de justes noces. Mais, comme la loi ne leur reconnaissait pas de père, ni par suite de parents paternels, ils n'avaient aucun droit contre leur père présumé, ni contre la famille de celui-ci. En revanche, ils étaient indépendants de la *patria potestas*. Chefs de famille en naissant, tant qu'ils étaient impubères il leur fallait un tuteur. Leur tuteur était nommé par le magistrat, qui se contentait quelquefois de confirmer la désignation faite par la mère.

Ces enfants n'ayant point de père aux yeux de la loi ne pouvaient être légitimés. Néanmoins, les empereurs Théodose et Valentinien décidèrent en 442 qu'un homme, en offrant à la curie des *vulgo concepti*, obtiendrait sur eux la *patria potestas*. Il fallait évidemment qu'il les eût reconnus au préalable, comme nous dirions aujourd'hui.

Malheureusement Justinien, ce législateur si indulgent pour les enfants *ex concubinatu nati*, se montra extrêmement sévère pour les *spurii*. En les maltraitant, il espérait sans doute détourner des unions passagères et porter les citoyens au moins vers le concubinat. Il ordonna que les *spurii* nés d'une grande dame ne pourraient rien recevoir d'elle, s'ils se trouvaient en présence d'enfants légitimes (loi 5, *Ad S.-C. Orph.*). Il condamna toutes les relations qui ne seraient pas un concubinat ou un *matrimonium justum*, enleva aux enfants *ex damnato coïtu nati* les droits accordés aux enfants naturels par le sénatus-consulte Orphitien, et ne leur accorda même plus le droit de recevoir, ne fût-ce qu'à titre alimentaire, la moindre chose de leurs parents (Nov. 74 et 89).

Toutes les unions pouvant donner naissance à des *spurii* ne furent pas poursuivies et punies par les lois, mais tous les *spurii* furent traités comme s'ils étaient nés d'unions criminelles et réprimées.

Les unions criminelles et réprimées étaient le *stuprum*, l'adultère et l'inceste.

Le mot *stuprum*, pris dans un sens très-général, signifie toute espèce de rapports sexuels en dehors du mariage, du concubinat et du *contubernium*. Puis dans un sens plus restreint il sert à désigner le fait d'avoir séduit ou violenté une fille ou une veuve honnête. Le mot *stuprum* désigne donc alors le viol, l'enlèvement et la séduction.

La loi Julia *De adulteriis* avait pour le séducteur des peines différentes, selon qu'il était d'une condition élevée ou d'une basse extraction. Dans le premier cas, elle confisquait la moitié de sa fortune; dans le second, elle le soumettait à une peine corporelle et à la relégation.

Du temps qu'ils enlevaient les Sabines, les Romains n'avaient pas le rapt en abomination, mais, soit dit à leur louange, leurs idées se modifièrent bientôt : c'est ce qui paraît à la rigueur des peines qu'ils prononcèrent contre les ravisseurs. Ainsi Marcien nous apprend que le ravisseur était, aux termes de la loi Julia *De vi publica*, puni du dernier supplice (fragm. 5, *Ad leg. Jul., De vi. publ.*, Dig.).

Dans le Code de Théodose, on trouve sur le rapt et le viol une suite de constitutions émanées des empereurs Constantin, Constance, Jovien et Majorien. Elles forment un système de répression reproduit par Justinien (loi 1, *De rapt. virg.*, Cod.), et suivant lequel devaient être punis de mort le ravisseur et ses complices, leurs biens attribués à la victime du rapt si elle était ingénue, au fisc si elle ne l'était pas. Les parents de la femme avaient le droit de tuer le ravisseur et ses complices surpris en flagrant délit. Aucune prescription ne pouvait couvrir le coupable; il ne pouvait épouser celle qu'il avait déshonorée, quand même elle ou ses parents consentiraient au mariage. Si les parents gardaient le silence, *si patientiam præbuerint*, si, comme on dit, ils étouffaient l'affaire, ils étaient condamnés à la déportation.

Des juristes s'étaient permis de penser que lorsque la femme avait consenti à épouser son ravisseur, elle aurait encore le droit de recueillir la fortune de celui-ci. Grande colère de Justinien. « Ceux qui ont ainsi entendu sa loi, ne l'ont certainement pas comprise. Il faut que la femme coupable d'une aussi indigne faiblesse perde, au contraire, ses droits aux biens du ravisseur. » Et pour que toute méprise soit à l'avenir impossible, l'empereur,

dans la Novelle 143, s'explique catégoriquement sur la validité d'un tel mariage, et dans la Novelle 150, précise, de manière à ce qu'on ne s'y trompe plus, la condition de *spurii*, qu'auront les enfants nés de cette union, « cum nefariæ sint ejusmodi nuptiæ, si denuo raptori suo raptum passa puella copuletur. » (Nov. 150). Il avait déjà dit précédemment : « Tale stare matrimonium, etsi rapta voluerit, prohibuimus. »

Léon VI ne maintint la peine de mort contre le ravisseur, que pour le cas où le rapt avait eu lieu à main armée. Les complices du crime commis dans de pareilles circonstances, on les tond, on les bat, et on leur coupe le nez. Quand le rapt n'a pas eu lieu à main armée, le principal auteur a le poignet coupé, ses acolytes sont battus de verges, déportés et toujours tondus. Il ne fut rien changé aux peines pécuniaires (Léon, Nov. 35).

La femme victime du viol ou de la séduction n'était pas notée d'infamie, et c'était justice. Elle put toujours être épousée sans honte. Mais les enfants nés du viol ou de la séduction n'étaient cependant que des *spurii*.

Entraînaient infamie, les relations, dont je vais dire quelques mots.

Déjà j'ai signalé les conséquences des rapports qu'une femme libre avait avec son propre esclave. Dès l'origine ces rapports avaient été blâmés, mais ils ne furent punis que sous Constantin (loi 1, *De mul. quæ se prop.*, Cod.). Ce prince condamna à une peine capitale la femme qui oserait s'abaisser à un pareil accouplement et voulut que l'esclave fût brûlé. Néanmoins, les enfants issus de ce genre de *stuprum* étaient libres, mais la liberté était tout leur avoir ; ils ne pouvaient rien recevoir de leur mère.

Quant à l'union d'une femme libre avec l'esclave d'autrui, elle fut bien plus promptement réprimée que la précédente, quoiqu'elle ne fût pas plus immorale ; mais il s'agissait de sauvegarder les intérêts d'un maître auquel les dissipations de son esclave pouvaient nuire, et les Romains n'y avaient pas manqué.

D'après le sénatus-consulte Claudien, porté en l'an 52 après Jésus-Christ, la femme qui, malgré la défense trois fois réitérée du maître, persistait dans ses relations avec l'esclave, était attribuée en toute propriété par le préteur au maître de son

amant. Les enfants qu'elle avait mis au monde à partir de la première notification, devenaient alors esclaves comme elle. C'était bien là un règlement de dommages-intérêts, puisque la femme pouvait prendre des arrangements avec le maître et obtenir de rester libre, moyennant que les enfants dont elle accoucherait se trouveraient sous la *dominica potestas* du maître de leur père. Cette amiable composition bouleverse véritablement tous les principes du droit. Il est inexplicable qu'une femme, à laquelle la loi ne reconnaît aucune puissance sur des enfants, puisse trafiquer de ceux-ci, et en faire des esclaves. J'avais songé à dire, pour expliquer ce qu'il y a d'excessif dans le droit accordé à la femme, que si l'on avait fait de la réduction de cette femme en esclavage une condition essentielle, *sine qua non*, de l'asservissement des enfants, le maître n'aurait pas manqué d'accomplir les trois notifications, puis de réclamer du préteur l'*addictio* de la récalcitrante. Une fois celle-ci réduite en esclavage, ses enfants, nés à partir de la première notification, seraient esclaves comme elle; le maître alors pourrait assurément affranchir leur mère; elle serait libre, eux resteraient esclaves. Qu'y gagneraient-ils? Rien. Autant vaut donc que la femme ait pu faire la convention qui la maintenait en liberté, et qui néanmoins abandonnait les enfants à l'esclavage. A l'appui de ce concept, j'aurais remarqué que la femme restée libre en vertu de la convention intervenue était positivement déclarée *libertina* par les textes. Mais j'ai renoncé à cette idée, car si la femme était devenue réellement esclave, et qu'ensuite on l'eût affranchie, les enfants qu'elle aurait eus à partir de la première notification eussent bien été esclaves *ex senatus-consulto Claudiano*, mais ceux qu'elle aurait eus après l'affranchissement eussent, suivant les principes, été libres; or, ce n'est pas ce qui arrivait, lorsque le singulier marché permis par le sénatus-consulte avait eu lieu. Il y avait donc quelque chose d'anormal dans ce qui se passait, il y avait une *inelegantia juris*, que constate Gaïus, et qu'Hadrien fit disparaître. Il déclara que tout enfant né d'une femme libre serait libre : « Cum ipsa mulier libera permaneat, liberum pariat. » (Gaïus, comm. 1, §84.)

Si l'esclave avec lequel la femme avait des relations appartenait à plusieurs maîtres, cette femme devenait la propriété de

celui des maîtres qui lui avait fait les notifications prescrites par le sénatus-consulte Claudien (Paul, *Sent.*, liv. II, tit. XXI[a], § 15). Les autres n'avaient rien dit, ils approuvaient donc l'union, contre laquelle leur copropriétaire avait seul protesté.

Du reste, toutes les femmes n'encouraient pas l'application de ce sénatus-consulte, et lorsqu'il ne leur était pas applicable, les enfants qu'elles pouvaient avoir de l'esclave étaient nécessairement libres. Je citerai comme échappant au sénatus-consulte la femme qui ne se savait pas libre, et la fille de famille qui, sans le consentement de son père, avait des rapports avec l'esclave d'autrui (une fille ne pouvait de son autorité privée se soustraire à la *patria potestas*). Par des raisons de convenance révérentielle, on ne l'appliquait pas non plus à la mère qui entretenait des relations avec l'esclave de son fils, ni à la patronne qui en avait avec l'esclave de son affranchie. Enfin, quand une affranchie s'unissait à l'esclave de son patron, elle ne retombait pas en esclavage; on disait que, dans ce cas, elle n'avait point voulu *deserere domum patroni* (Paul, *Sent.*, liv. II, tit. XXI[a], § 11). Une femme mariée qui, en s'abandonnant à l'esclave d'autrui, se fût trouvée dans le cas de tomber sous l'application du sénatus-consulte Claudien, était, avant tout, adultère, et, comme telle, elle eût encouru les peines portées par les lois contre les femmes qui violent la foi conjugale. Quant à celle qui aurait, après la dissolution de son mariage, des rapports avec l'esclave d'autrui, elle se verrait fort bien appliquer le sénatus-consulte, mais l'enfant dont elle accoucherait, même en esclavage, serait libre s'il avait été conçu antérieurement à la dissolution des *justæ nuptiæ*. Telle était du moins l'opinion d'un grand nombre de jurisconsultes romains, et je ne comprends pas que cette opinion n'ait pas été universellement admise. Je l'appliquerai à l'enfant issu du concubinat aussi bien qu'à l'enfant *ex justis nuptiis conceptus*, car ce n'est jamais que la condition des *vulgo concepti* que l'on détermine par celle de leur mère, et en se plaçant au moment de leur naissance (Gaïus, comm. 1, § 91).

Justinien abolit le sénatus-consulte Claudien, il se contenta d'engager le maître, dans son propre intérêt, à infliger à l'esclave une *castigatio competens*, une correction appropriée. La femme et ses enfants restèrent libres. Aucune répression n'at-

teignit désormais celle que Justinien considère comme *infelici cupidine capta* (loi 1, *ad S.-C. Claud.*, Cod.); d'où il résulte que si la constitution de Constantin *De mulieribus quæ se propriis servis junxerunt* n'a pas été abolie, la femme qui commet un *stuprum* en s'unissant à son propre esclave sera cruellement punie, tandis que celle qui s'unit à l'esclave d'autrui ne le sera pas du tout. Il y a toujours un peu de fantaisie dans la morale des empereurs.

On désignait encore sous le nom de *stuprum* ces rapprochements que les princes du Bas-Empire ont qualifiés de sacrilèges, et qui s'établissaient entre un homme et une femme consacrée à la divinité ou au service des autels.

Il paraîtrait que, dès avant la fondation de Rome, on ne ménageait pas la prêtresse qui s'était laissé séduire. Le roi d'Albe, au rapport de Tite-Live (*Histoire romaine*, liv. I, ch. IV), fit incarcérer la prêtresse Rhéa Sylvia, qui était devenue mère de Romulus et de Rémus. Il ordonna, en outre, que les deux enfants fussent jetés dans le Tibre. Le même auteur nous montre la vestale Oppia mise à mort quelques siècles plus tard, sous le consulat de Sp. Cassius et de Pr. Virginius, pour avoir violé le vœu de chasteté fait par toute vestale (Tite-Live, *Hist. rom.*, liv. II, ch. XLII); et, sous le consulat de C. Sulpicius Longus et de P. Elius Petus, la vestale Minucia, soupçonnée d'abord à cause de sa parure trop recherchée, accusée ensuite auprès des pontifes sur la déposition d'une esclave, suspendue de ses fonctions, privée provisoirement du droit d'affranchir ses esclaves, puis jugée et enterrée vive près de la porte Colline, à droite du chemin pavé, dans le champ du Crime, appelé probablement ainsi à cause du crime de cette vestale. « Credo, dit-il, ab incesto id ei loco nomen factum. » (Tite-Live, *Hist. rom.*, liv. VIII, ch. XV.)

On le voit, la coupable était rudement punie. La peine prononcée contre le séducteur, du temps de la république, nous est encore révélée par Tite-Live. Il était fouetté jusqu'à ce que mort s'ensuivît (Tite-Live, *Hist. rom.*, liv. XXII, ch. LVII).

Probablement, pendant les dernières années de la République et les premières de l'empire, on s'était relâché de cette rigueur contre les coupables et les résultats de l'indulgence n'avaient pas été satisfaisants, car Suétone nous apprend que Domitien

fut obligé de réprimer sévèrement les désordres des vestales (Suét., *Les douze Césars, Domitien*, ch. VIII). D'abord, il punit du dernier supplice celles qui s'étaient laissé séduire, et de la relégation ceux qui les avaient séduites. Plus tard, il ordonna que la coupable serait enterrée vive, comme cela avait lieu autrefois, et que son corrupteur périrait sous le fouet.

Justinien punit de mort quiconque enlèverait une femme engagée dans les ordres religieux ou monastiques, ou concourrait à son enlèvement (loi 1, *De rapt. virg.*, Cod.). Dans la Novelle 123, ch. XLIII, il infligea cette peine de mort non-seulement aux auteurs ou complices du rapt, mais encore à ceux qui séduiraient ou tenteraient de séduire une religieuse et à leurs complices. Il permit aux parents de la femme, à son tuteur et à son curateur, qui les surprendraient en flagrant délit, de les tuer impunément (loi 54, *De episc. et cler.*, Cod.). Par complément, les biens du coupable et de ceux qui lui avaient prêté aide et assistance, devenaient la propriété de l'église ou du couvent dont faisait partie la religieuse. Quand celle-ci avait consenti ou à son enlèvement ou au *stuprum*, sa fortune personnelle passait également à son couvent; toutefois si elle était diaconesse et avait des enfants légitimes, ceux-ci prenaient leur réserve. La religieuse infidèle à ses vœux était prudemment renfermée dans un autre monastère, mieux clos sans doute, et où elle pouvait être mieux gardée, *in quo cautius custodiri possit*.

Dut-on plus tard, après que Léon le Philosophe eut porté sa constitution *De raptoribus virginis*, distinguer si le rapt de la religieuse avait eu lieu à main armée ou non, et, suivant les circonstances du crime, punir de mort le ravisseur, ou seulement lui couper le poignet, tandis que ses complices tantôt ne subiraient plus que la section du nez, tantôt que la relégation ? Je ne le pense pas. Léon VI respectait trop la religion et tout ce qui s'y rattache pour adoucir la législation répressive des sacriléges.

Sous le paganisme, les enfants qui pouvaient naître d'une vestale, et, sous le christianisme, les enfants qui pouvaient naître d'une religieuse étaient indubitablement des *vulgo quæsiti*, ni mieux, ni moins bien traités que les autres enfants dont le père est incertain.

On a peu de renseignements sur ce qui concerne les enfants nés des vestales. Mais, en fait, il arrivait assez rarement que les vestales parvinssent au terme de leur gestation. Pour éviter que leurs déportements fussent connus, elles recouraient à l'avortement. A cela elles risquaient peu ; car, même en supposant qu'à Rome l'avortement fût puni, elles ne s'exposaient jamais qu'à encourir la peine infligée aux vestales impudiques ; et si, au contraire, leurs expédients abortifs réussissaient, elles avaient grande chance d'échapper à la peine qui les attendait. Elles devaient peu hésiter à employer ces moyens, pour cacher leur faute, car les vieilles mœurs romaines ne réprouvaient pas l'avortement. Les recherches que j'ai faites à ce sujet (Plaute, *Le Rustre*, act. I, sc. II, v. 196 ; Juvénal, *Satire* 6, v. 595, etc.), m'ont convaincu que, jusqu'au temps de Cicéron, il était resté impuni (Cic., *In oratione pro Cluentio Avito*) ; et qu'à partir de Cicéron jusqu'au temps d'Ulpien, il ne fut réprimé que lorsqu'une femme mariée se procurait un avortement pour priver son mari d'un *heres suus* (fragm. 30, *De pœnis ;* et fragm. 4, *De extra. crim.*, Dig.). Ce fut seulement au commencement du troisième siècle de l'ère chrétienne, qu'il fut puni dans tous les cas à raison de son immoralité (fragm. 8, *Ad leg. Corn. de sic. ;* Paul, *Sent.*, liv. V, tit. XXIII, § 14).

Quand la faute de la vestale était découverte, on n'attendait pas pour l'enterrer vive qu'elle fût accouchée, et avec elle périssait l'enfant qu'elle portait dans son sein.

Il ne faut pas beaucoup de réflexion pour comprendre, d'après ce qui précède, pourquoi les auteurs classiques et les jurisconsultes romains, dont les œuvres nous sont parvenues en lambeaux, ne renferment rien de particulier sur les enfants des vestales.

On appliquait quelquefois le nom d'inceste aux relations qui s'établissaient entre un homme et une vestale, ou une religieuse ; mais ce mot était généralement réservé pour désigner les unions entre personnes parentes à un degré trop rapproché. La *maris ac feminæ conjunctio*, entre personnes parentes au degré prohibé, ne pouvait constituer ni un *matrimonium justum*, ni un concubinat. Les enfants qui naissaient de ces rapports étaient des *spurii*. C'est dire que, sous Justinien, ils ne pouvaient pas même exiger des secours alimentaires de leurs parents, puisque la

Novelle 89 embrasse dans sa terrible réprobation tous les *vulgo concepti*, et que, pour n'avoir pas droit à des aliments, il n'est pas nécessaire que les bâtards soient nés de rapports incestueux ou adultères (Nov. 19, ch. xv).

De tous les crimes contre la pudeur, l'adultère des femmes fut un de ceux que les Romains traitèrent avec le plus de sévérité. De tout temps, ils punirent l'épouse infidèle et son complice. Quant au mari, ses manquements à la foi conjugale, d'abord impunis, n'entraînèrent ensuite pour lui qu'une peine pécuniaire; puis enfin on les réprima en l'enfermant dans un cloître, et en le privant de ses biens (Aulu-Gelle, *Nuits att.*, liv. IV, ch. III).

Chez les vieux Romains les déréglements du mari n'étaient frappés que d'une réprobation morale, mais cette réprobation existait; la preuve s'en trouve dans le mépris qu'on avait pour les *pellices*, attestée par cette fameuse loi de Numa : PELLEX. ASAM . IUNONIS . NE . TAGITO.SI . TAGET . IUNONI . CRINIBOUS . DEMISSIS . ARNUM . FEMINAM . CAIDITO.

Les anciens jurisconsultes ont beaucoup discuté, pour savoir si le mot *pellex* désignait spécialement la maîtresse d'un homme marié, ou bien celle de tout homme marié ou non. Alciat pense que ce mot n'a rien de particulier, et qu'il est synonyme d'*amica* (Alc., t. II, *De verb. et rer. sign.*; fragm. 144, *Ad leg. Jul. et Pap.*, Dig.). Connan est d'un avis contraire; il dit que la *pellex* est la maîtresse de l'homme marié (liv. VIII, ch. XIII). Tiraqueau professe la même opinion que Connan. « Et sane, dit-il, paucas admodum fominas reperies, quantumlibet modestas, et viris indulgentes, quæ æquo animo pellicem ferant. » (And. Tiraqueau, *Comm. in decimam tertiam leg. connub.*, gloss. 1, § 13.)

Je crois que Tiraqueau et Connan sont dans le vrai; et, en effet, je n'ai jamais rencontré le mot *pellex* qu'avec le sens de rivale de l'*uxor*. On peut à cet égard consulter Ovide, Apulée, Aulu-Gelle, et Festus surtout, d'après lequel : « Antiqui eam proprie pellicem nominabant, quæ uxorem habenti nubebat. » (Sext. Pomp. Festus, *De verb. sign.*, lib. XX.)

On donne plusieurs étymologies au mot *pellex*. Les uns le font venir du mot grec παλλαξ, qui signifie courtisane. D'autres le tirent du mot latin *pellicere*, flatter; la *pellex* est la femme qui, par ses séductions et ses flatteries, détourne le mari de

son *uxor*. D'autres enfin, de *pellere* chasser ; la *pellex* est la femme qui chasse l'épouse légitime du lit conjugal, *a toro mariti*.

Quoique nés d'un adultère, les enfants de la *pellex* ne furent jamais que de simples *vulgo quæsiti*, et l'espèce d'amende honorable, infligée dans certains cas à leur mère par le pieux Numa, n'était pas de nature à leur nuire.

Autre était la condition des malheureux nés de la femme adultère, bien que leur origine ne fût pas plus honteuse, et qu'en somme ils ne fussent que des *vulgo quæsiti*. En effet, ou leur mère était mise à mort par son père ou son mari, ou bien elle était déportée dans une île lointaine, et la presque totalité de ses biens confisquée : la misère et l'abandon, voilà leur lot !

On serait tenté de croire que Justinien, qui adoucit les peines portées contre l'adultère, améliora la position des enfants adultérins. Il n'en fit rien, et en cela il ne manqua pas de logique, puisqu'il déclarait abominables et anathèmes tous les enfants nés en dehors des unions par lui reconnues, et qu'il enlevait, ainsi que nous l'avons dit déjà, à tous les *spurii* toute espèce de droits aux soins et aux biens de leurs parents.

Léon VI le Philosophe, en supprimant le concubinat, une des unions que Justinien avait admises comme licites, augmenta encore le nombre des malheureux enfants, sur lesquels on faisait peser impitoyablement le poids d'une faute qu'ils n'avaient pas commise. A la vérité, l'Eglise, moins rigoriste que cet empereur, toléra longtemps encore après lui, en politique circonspecte et patiente, la pratique du concubinat ; elle n'admit provisoirement qu'*in petto* l'opinion radicale des Ambroise, des Jérôme, des Augustin et de tous les ascètes, qui interdisaient aux chrétiens d'avoir des concubines. Elle ne réprouva sans ménagement, par le synode de Nicée, que les agapètes, ces compagnes équivoques des ecclésiastiques ; elle ne prit de dispositions contre les laïcs concubinaires que dans le concile de Trente. Combien de pages je pourrais donc, monsieur, vous adresser encore sur le concubinat, si je ne m'étais promis de ne le considérer que selon le droit romain ! La constitution de Léon assigne à mon bavardage une limite rationnelle : je me tais.

Il est bien entendu que ma lettre n'a rien de confidentiel, et

que vous pouvez la communiquer aux lecteurs de votre *Revue*, s'il vous paraît qu'elle puisse les intéresser. Elle n'est certes pas aussi amusante que *Peau d'âne*, mais je ne la crois pas cependant tout à fait maussade. Son début est même alléchant : elle commence comme un conte de fées! Mais, j'y songe, monsieur! elle peut finir de même. De quoi, en effet, avons-nous constamment parlé? De gens dont la plupart se marièrent, dont quelques-uns peut-être furent heureux, et dont plusieurs eurent beaucoup d'enfants.

Veuillez agréer, monsieur, l'hommage de profond respect de votre très-humble et très-obéissant serviteur,

D. PILLETTE,
Docteur en droit.

LES

COUTUMES DU VAL DE ROSEMONT.

I

Avant la révolution de 1789, le Rosemont, situé dans la haute Alsace, formait dans la direction du sud-ouest et sur le flanc des Vosges, le quatrième district du comté de Belfort [1]. Il était divisé en deux parties d'inégale grandeur et à peine reliées entre elles. L'une, le haut Rosemont, comprenait les vingt communautés [2] qui, moins Valdhoye, constituent aujourd'hui dans le département du Haut-Rhin le canton de Giromagny. L'autre, le bas Rosemont, composé de cinq villages [3], fait actuellement avec Valdhoye une partie du canton de Belfort. Le Rosemont était en outre subdivisé en mairies [4]. A l'origine, il n'avait ni cette étendue territoriale, ni tous ces centres d'habitation. En 1354, il fut agrandi par les archiducs d'Autriche qui y annexèrent la mairie d'Etuffont, et en 1726 par les Mazarin, qui y réunirent le village de Bourg. D'autre part, à côté des anciennes communautés de Chaux, de Méroux et d'Evette [5], s'élevèrent Auxelles-le-Haut au commencement du seizième siècle,

[1] Les trois autres districts du comté étaient ceux de Belfort, — d'Angeot, — et de l'Assise.

[2] Savoir : Anjoutey, Auxelles-le-Bas, Auxelles-le-Haut, Bourg, Chaux, Eloye, Etuffont-le-Bas, Etuffont-le-Haut, Evette, Giromagny, Grosmagny, la Chapelle-sous-Chaux, la Madelaine, le Puy, Petitmagny, Rougegoutte, Sermagny, Vescemont et Rièrevescemont.

[3] Argiésans, Banvillars, Méroux, Urcerey et Vézelois.

[4] Le nombre de ces mairies varia. — Le Coutumier ne parle que de quatre. — L'Urbaire de 1487 (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 14 à 18) mentionne les douze suivantes : 1° Rosemont (Méroux et Vézelois); 2° Argiesans (Banvillars et Urcerey); 3° Valdhoye (Evette et Eloye); 4° Sermagny; 5° Chaux; 6° la Chapelle-sous-Chaux; 7° Giromagny; 8° le Puy; 9° Vescemont; 10° Rougegoutte; 11° Grosmagny; 12° Etuffont (Haut et Bas, Anjoutey et Petitmagny). Voir note 1 à l'Appendice.

[5] Trouillat, *Monuments de l'ancien évêché de Bâle*, I, p. 361, 457, et II, p. 395.

la Madelaine et Rièrevescemont dans le milieu et sur la fin du dix-huitième [1]. Giromagny et le Puy gagnèrent dans l'intervalle beaucoup de population. Ce qui attirait et fixait de nouveaux habitants dans ce coin du Sundgau, ce n'était pas la richesse agricole, mais le commerce et l'industrie. Si son sol accidenté et montagneux pour la majeure partie ne produit guère que du seigle, de l'orge, du chanvre et des pommes de terre, en revanche il est riche en gras pâturages, en immenses et belles forêts, en étangs poissonneux, en cours d'eau propices à l'établissement de nombreuses usines, et surtout en mines de plomb, de cuivre et d'argent. Ces éléments d'activité ont répandu dans cette vallée la vie et la richesse.

II

Cette terre du Rosemont, après avoir été conquise par les Romains sur les Celtes et englobée, à la suite des invasions germaniques, dans les royaumes d'Austrasie et de Bourgogne, devint un domaine féodal que les documents historiques qualifient de seigneurie, de prévôté, parfois de comté, et en dernier lieu, plus communément de bailliage.

Elle avait emprunté sa dénomination (Rosenberg, Rosenveilt, Rosenfeld, Rosenthal, Rosemont) à un donjon bâti, à une date inconnue du moyen âge, dans un des sites les plus sauvages des Vosges, entre le village de Vescemont et la montagne de Sèves.

Terre et château de Rosemont appartenaient, à ce qu'on prétend, à une famille seigneuriale qui relevait des comtes de Belfort et qui leur vendit sa mouvance [2].

Etaient comtes de Belfort, dès la fin du dixième siècle, les princes de Montbéliard, issus des ducs d'Alsace [3]. Les comtes de Ferette, qui étaient parents et voisins, leur disputèrent un moment Belfort, dont la possession fut affermie en leurs mains par la transaction de 1226 [4]. Devenus propriétaires incontestés de ce comté, les Montbéliard le donnèrent en dot à Wilhelmine,

[1] La Madelaine et Rièrevescemont, qui existaient depuis des siècles comme censes ou hameaux, furent alors érigés en communes.

[2] Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 12.

[3] Quiquerez, *Histoire des comtes de Ferette*, p. 8. = Duvernoy, Dissertation sur les comtes de Montbéliard, Strasbourg, 1762.

[4] Trouillat, *loc. cit.*, I, p. 506.

quand ils marièrent cette petite-fille de Thierry III au comte palatin de Bourgogne Renauld II.

Le Rosemont était compris dans cet apanage [1]. Quel fut son sort sous Renauld? Participa-t-il à l'amélioration que ce prince apporta à la condition de ses sujets? On sait que ce dynaste s'illustra par deux mesures éminemment libérales : l'abolition de la mainmorte et l'institution du régime municipal. Montbéliard en 1282, et Belfort en 1307, obtinrent ces prérogatives avec beaucoup d'autres franchises [2]. Et, si j'en crois le témoignage de Dunod [3], ces bienfaits auraient été étendus à tous les habitants des domaines de ce prince. En ce qui concerne le Rosemont, rien ne justifie ni ne contredit pleinement cette assertion. Tout ce qu'on découvre de plus certain, c'est que l'administration récemment instituée à Belfort demeura chargée du gouvernement de cette terre sous la direction d'un bailli choisi par le comte de Belfort [4].

Ce domaine était d'ailleurs sur le point de sortir du patrimoine des Monbéliard pour entrer dans celui de la maison d'Autriche.

Renauld avait marié en 1299 [5] l'aînée de ses cinq enfants, Jeanne de Montbéliard, à Ulric II, comte de Ferette, son parent et l'un des plus puissants dynastes du Sundgau [6]. Celui-ci, qui n'avait que deux filles, maria à son tour, le 17 mars 1324, l'aînée, Jeanne, à l'archiduc d'Autriche Albert, dit le Sage, landvogt d'Alsace [7]. Cette alliance remplissait les vues de la maison de Habsbourg, qui, depuis son avénement à l'empire d'Allemagne,

[1] Duvernoy, *Ephémérides de Montbéliard*, p. 152. — Quiquerez, *Tableau chronologique de l'histoire des comtes de Montbéliard*, p. 112 à 115.

[2] Duvernoy, p. 152 et 153.

[3] Dunod, *Traité de la Prescription*, nos 487 et 3885. Cf. Schœpflin-Ravenez, IV, p. 134.

[4] Franchises de Belfort en 1307 et Urbaire de 1472.

[5] En 1309 seulement, d'après quelques historiens, notamment d'après Quiquerez, *Histoire des comtes de Ferette*, p. 101.

[6] Quiquerez, *loc. cit.*, p. 120 et suiv. — Trouillat, I, p. 504.

[7] Ulric de Ferette et Jeanne de Montbéliard, se voyant sans enfants mâles après dix-neuf ans de mariage, obtiennent des évêques de Bâle et de Besançon et du pape Jean XXII, que leurs deux filles, Jeanne et Ursule, leur succéderont dans tous leurs fiefs. Actes de 1318 et 1320 (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin).

poursuivait, à l'abri du trône, l'agrandissement de son domaine privé [1], en lui ouvrant la perspective de l'opulent héritage et des comtes de Ferette et des comtes de Montbéliard. Pour s'assurer ces futures successions, Albert se fit, cinq jours après son mariage [2], investir solennellement de tous les droits et biens que Jeanne sa femme avait ou pourrait avoir, tant du chef de son père que du chef de sa mère [3].

La liquidation de l'héritage paternel de Jeanne de Ferette commença aussitôt, car son père venait de mourir [4]. Albert racheta, moyennant des soultes, des deux cohéritières de sa femme Jeanne de Montbéliard, sa belle-mère, et Ursule de Ferette, sa belle-sœur, leurs parts successorales [5], tant sur le comté de Ferette [6] que sur la seigneurie de Rougemont [7], et il s'assura par des actes ultérieurs [8] la propriété incommutable de ces terres, dont il prit constamment le titre à partir de 1324.

La liquidation de l'héritage maternel n'eut lieu qu'en 1347. Jeanne de Monbéliard laissait pour héritières, avec les deux filles qu'elle avait eues d'Ulric de Ferette, deux autres enfants issus de ses mariages subséquents [9]. Des arbitres divisèrent en quatre lots le patrimoine qu'elle avait recueilli en 1332 de son père, le palatin Renauld [10]. Et le sort assigna à la femme d'Albert d'Autriche, Jeanne de Ferette, entre autres biens, le château de Rosemont, la mairie du Val, Sermagny, Chaux, la Chapelle, le Puy,

[1] Schœffer, *Abrégé de l'histoire d'Allemagne*, p. 132, 138 et 139.

[2] 23 mars 1324.

[3] Trouillat, III, p. 343. — Duvernoy, p. 89 et 158.

[4] 10 mars 1324.

[5] Hergott, *Geanalogia Habsburgica*, Dipl. nos 749 et 708. — Schœpflin-Ravenez, V, p. 605 et suiv. — Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 58.

[6] Sur l'étendue du comté de Ferette à ce moment, voir Quiquerez, *loc. cit.*, p. 120.

[7] La seigneurie de Rougemont, dot de Jeanne de Montbéliard, paraît avoir été également celle de sa fille Jeanne de Ferette. Steyerer, *Hist. Alberti Sapient.*, addit. lib. II, c. 226.

[8] En date de 1333, 1334, 1336, 1341 et 1350. — Hergott, Dipl. nos 772, 773 et 777. — Trouillat, III, p. 871. — Archives du Haut-Rhin, *loc. cit.*

[9] Schœpflin, *Hist. Zæringo-Badensis*, II.

[10] Trouillat, III, p. 750. — Voir pour les détails de la succession de Renauld, Quiquerez, *loc. cit.*, p. 115; Duvernoy, p. 90, 65, 158 et 191; Schœpflin-Ravenez.

Giromagny, Vescemont, Rougegoutte, Evette, Valdhoye, ..., Urcerey, Argiésans, Banvillars, ... le bois de Lambert, de Chaux, de la Verrière, la forêt du Salbert, le fief d'Auxelles...[1]. Albert racheta le 2 juin 1351 certains droits que sa belle-sœur, Ursule de Ferette, avait conservés par ce partage de 1347 sur Belfort et ses dépendances[2]. Ce prince devint ainsi maître de domaines importants, et notamment du Rosemont.

En 1354, il détacha de sa terre de Rougemont les villages d'Etuffont le Haut et le Bas, d'Anjoutey et de Petitmagny, qu'il incorpora avec leur constitution particulière à la seigneurie de Rosemont[3].

De 1358 à 1365, ce domaine ainsi agrandi resta indivis entre les quatre fils d'Albert[4], et ce n'est qu'après la mort des deux aînés qu'il fut attribué en propre à Léopold. Cet archiduc affranchit de la mainmorte les Rosemontois. D'autres sujets, qui reçurent le même privilége, se joignirent à eux pour lui décerner par reconnaissance le surnom de Bon. Durant son règne, Léopold eut la douleur de voir les quatre terres de son comté de Belfort envahies et désolées successivement par les Malandrins d'Enguerand de Coucy (1368 à 1376) et par les Suisses. En repoussant l'aggression de ces derniers, il trouva la mort devant Sempach (1386).

Son fils Léopold III et la veuve de cet archiduc, Catherine de Bourgogne, eurent de nouveau à combattre ces redoutables ennemis de l'Autriche. Belfort se distingua dans cette lutte par son courage et obtint, en récompense de son dévouement énergique, le droit de requérir l'aide de tous les habitants des seigneuries de Belfort et de Rosemont pour améliorer et entretenir ses fortifications (1425)[5].

Les Suisses profitèrent de la minorité de Sigismond pour recommencer leurs incursions dans le Sundgau. Fiancé à la fille de Charles VIII, roi de France, ce prince appela à son secours les troupes de son beau-père. Mais cette armée, au lieu d'être libératrice, pactisa avec les ennemis des Habsbourg. Les paysans du

[1] Partage du 26 août 1347. — Trouillat, III, p. 847.

[2] Trouillat, IV, p. 651. Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 14 à 18.

[3] Schœpflin-Ravenez, IV, p. 20 et 136.

[4] Ceux-ci obtinrent, en 1359, de leur tante Ursule de Ferette, une nouvelle renonciation au comté de Belfort. Schœpflin-Ravenez, IV, p. 607.

[5] Duvernoy, p. 58 et 92. Laguille, *Histoire d'Alsace*, I, p. 309 et suiv.

Rosemont, soulevés par la misère et le désespoir, battirent et expulsèrent les coalisés (1445)[1].

Les archiducs d'Autriche n'avaient, malgré leurs immenses possessions, que des revenus insuffisants aux frais des guerres soutenues par eux, soit pour défendre l'intégrité de leur patrimoine, soit pour conquérir la couronne sur leurs compétiteurs à l'empire. Condamnés à des emprunts, ils engagèrent fréquemment leurs biens. Le Rosemont eut le sort des autres, dès qu'il appartint aux Habsbourg. Il fut hypothéqué avec faculté de rachat et cession partielle ou totale des droits de justice, des droits casuels, rentes, profits ou autres dépendances, à Pierre de Bollwiller (1360), à Marguerite de Bade (1363), à Erkinger de Hugenhoven (1447), à Pierre de Morimont (1450), à Güntzmann de Brinighoffen (1456), à Rodolpho de Sultz (1457), à Pierre de Morimont (1459)[2]. Pierre de Morimont, dont la famille arrivait depuis un siècle à la richesse et aux honneurs[3], était un courtisan zélé de l'archiduc Sigismond. Il lui prêta sur son comté de Belfort 32,800 florins, avec charge de désintéresser les créanciers antérieurs. Dix ans après (1469), pour alléger la détresse toujours croissante de son maître, il négocia avec le duc de Bourgogne Charles le Téméraire, la vente à réméré de tous les domaines que la maison d'Autriche possédait dans la haute Alsace, le Sundgau et le Brisgau, moyennant 80,000 florins, dettes antérieures comprises. Cet engagement général ne prit vraiment fin, quoique le prêt eût été remboursé dès le 27 avril 1474, que par les victoires d'Héricourt, de Granson, de Morat, et par la mort de Charles le Téméraire devant Nancy (1477). Sigismond rentra alors dans toutes ses propriétés héréditaires[4]. A peine le Rosemont, qui était compris dans cet engagement, fut-il libre, que l'archiduc Maximilien, toujours à bout d'argent comme ses prédécesseurs[5], le conféra de nouveau en fief pour dix ans à Gaspard de Morimont contre 25,300 florins[6]. Impayée

[1] Laguille, *Histoire d'Alsace*, I, p. 336 et suiv.

[2] Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 58. — Quiquerez, *loc. cit.*, p. 124.

[3] Schœpflin-Ravenez, V, p. 609.

[4] Quiquerez, p. 124 et suiv. — Schœpflin-Ravenez, IV, p. 54. — Duvernoy, p. 107.

[5] Schœffer, *loc. cit.*, p, 174. — Laguille, I, p. 369.

[6] En 1492, avec les trois autres bailliages du comté de Belfort.

à l'échéance, cette dette fut renouvelée en 1501. Elle le fut encore en 1532 et en 1534 avec supplément, la première fois de 8,680, et la seconde de 14,000 florins. Mais dans ces deux circonstances, l'archiduc renonçait, en faveur de l'engagiste, à certains droits seigneuriaux, les *Landraissen* (contributions de guerre), les tailles, les mines et la nomination aux prébendes du chapitre de Belfort, qu'il s'était réservés sur les quatre terres du comté de Belfort en 1492, lors du premier contrat. Il ne conservait plus que le droit de passage dans les châteaux et forteresses de Gaspard de Morimont. Sur la fin de l'année 1534, des circonstances heureuses pour les finances autrichiennes ayant lui, l'archiduc Ferdinand remboursa à de Morimont 52,645 florins : il ne resta, pour éteindre la totalité de ces dettes antérieures, qu'à régler le chiffre des impenses et des aliénations effectuées par l'engagiste. Ce fut long, et les contestations portées devant les régences d'Ensisheim et d'Insprück ne se terminèrent que le 21 janvier 1563[1]. A partir de ce jour, les archiducs reprirent la libre possession de leur seigneurie du Rosemont.

Aux invasions étrangères et aux embarras financiers succédèrent immédiatement les difficultés de l'administration intérieure de cette terre. Deux esprits se disputaient alors l'Europe. L'un, qui tendait à donner aux droits seigneuriaux toute la force et l'extension possible, et qui se personnifiait dans la Chambre impériale récemment créée à Ensisheim [2]. L'autre, qui résistait à cet envahissement et à ces exagérations de la féodalité, et qui avait eu ses manifestations sanglantes dans la guerre des paysans et dans des révoltes multipliées[3]. Le Rosemont ne demeura point étranger à ce double courant du siècle.

Deux faits l'établissent.

D'abord, en 1525, quatre cents montagnards insurgés et conduits par André de Chaux se portèrent sur Belfort, où ils imposèrent aux chanoines de la collégiale une contribution de 150 livres baloises, et sur le prieuré de Froideval où ils firent du butin. Douze jours après leur départ de la vallée, ils dépo-

[1] Archives du Haut-Rhin, C. 25. Livre des fiefs autrichiens, f° 30 ; et fonds Mazarin, L. 58 et 59.

[2] En 1523. Archives du Haut-Rhin, C. 5. — M. Brièle, *la Régence d'Ensisheim*.

[3] De 1525 à 1543. Archives du Haut-Rhin, C. 4.

sèrent les armes en apprenant que des conférences pour la paix étaient ouvertes à Bâle. Sur l'avis de l'insuccès de ces négociations, ils les reprirent. Mais la défaite sanglante éprouvée à Chatenois par le gros des paysans révoltés et la terreur qu'engendra cet événement ne tardèrent pas à disperser la bande insurrectionnelle du Rosemont, dont le chef fut pendu [1].

Ensuite naquirent bientôt des luttes acharnées entre le seigneur du Rosemont et ses vassaux à propos d'édits réglant la chasse, la pêche, les eaux, les forêts, et certaines banalités d'une façon nouvelle, contraires aux usages anciens, et restrictives des droits des sujets [2]. On crut trouver un remède à ces conflits dans la confection d'un terrier. L'archiduc Ferdinand la prescrivit en 1573 dans tous ses Etats héréditaires [3]. Je ne sais si cette opération a eu lieu pour le Rosemont comme pour le reste du comté de Belfort. L'Urbaire, qui a dû être dressé à cette époque, a échappé à mes recherches. Peut-être la mesure n'a-t-elle point été exécutée pour cette seigneurie ? Peut-être a-t-elle été entravée par des réclamations et des débats interminables ? Peut-être aussi a-t-elle été interrompue par les préoccupations de la politique extérieure ?

A ce moment la maison d'Autriche portait par sa puissance ombrage à la France. Richelieu, qui persécutait les protestants dans le royaume, se constitua leur champion en Allemagne. Sous prétexte des vexations qu'ils y enduraient, il lança sur l'Alsace les armées coalisées de la Suède et de la France. Dès le début le Rosemont fut envahi. Un double motif attirait les troupes ennemies : poursuivre les fuyards qui s'étaient cachés dans les Vosges après la reddition des places de Ferette, d'Altkirch et de Belfort; s'emparer des produits des mines argentifères de Giromagny. Fuyards et paysans se réunirent au nombre de quatre mille et marchèrent sur Ferette et Altkirch, où ils massacrèrent les Suédois. Ce succès leur coûta cher. Le rhingrave Otton ayant atteint ces braves au moment de leur retraite entre Pérouse et d'Anjoutin, il en fit un affreux carnage. Le village de Vézelois fut incendié, tandis que

[1] Archives du Haut-Rhin, fonds des Ribeaupierre, procès de la guerre des paysans.

[2] Voir les notes relatives à ces divers objets dans l'appendice.

[3] Archives du Haut-Rhin, C. 32.

la cavalerie de Colloredo pillait Giromagny (1633 à 1637)[1]. Une légende en vers patois a célébré cette héroïque résistance du Rosemont sous la conduite du bailli Généry et du banneret Richard[2]. Les victoires de Turenne et de Condé ayant mis fin à une guerre qui durait depuis trente ans entre la Suède, la France et l'Autriche, le traité de Munster (1648) attribua à la France toutes les possessions patrimoniales des archiducs en Alsace. Comme elles n'étaient pas réunies expressément au domaine public, Louis XIV en fit don d'abord au comte de la Susse, l'un de ses généraux, puis à son ministre le cardinal de Mazarin. C'était, d'après un écrivain du temps, un cadeau de 800,000 livres de rente[3].

Le Rosemont, compris dans cette libéralité, se trouvait donné, suivant les patentes royales de décembre 1659[4], au cardinal de Mazarin et à tous ses descendants sans distinction de sexe, avec réserve de la suzeraineté immédiate du roi et à charge de foi et hommage. C'est en vertu de ce titre que cette seigneurie passa successivement à Hortense de Mancini, mariée au duc de la Meilleraie, à Paul-Jules de Mazarin, à Gui-Paul-Jules de Mazarin, à Louise-Jeanne de Durefort de Duras, mariée au marquis de Villequier d'Aumont, à Louise-Félicité-Victoire d'Aumont, mariée à Honoré-Maurice Grimaldi, duc de Valentinois. Le duc de Valentinois jouissait de la seigneurie du Rosemont quand la loi du 25 juillet 1791, révoquant la donation de Louis XIV, ordonna le retour au domaine de toutes les terres cédées au cardinal de Mazarin[5]. Mais en 1824, une décision de M. de Villèle remit les Grimaldi, ses héritiers[6], en possession de tous les immeubles non vendus comme biens nationaux. En conséquence, ceux-ci recouvrèrent à peu près intégralement les forêts du Rosemont en

[1] Archives du Haut-Rhin, C. 376, 402 et 404, *Revue d'Alsace*, 1853.

[2] Voir note 24.

[3] Schœpflin-Ravenez, IV, p. 177, 119 et 133. — Quiquerez, p. 128.

[4] Ordonnances d'Alsace, I, p. 11.

[5] Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 59 et fonds du Domaine. — Horrer, *Dictionnaire de l'Alsace*, I, p. 246.

[6] Les héritiers de Victoire d'Aumont et duc de Valentinois étaient : Tancrède-Florestan-Roger-Louis, comte de Grimaldi de Monaco; Honoré-Gabriel Grimaldi de Monaco, prince de Monaco, duc de Valentinois; et Amélie-Céleste-Erodore d'Aumont, mariée à Louis-Pierre Munier, baron de Mauroy, fille adoptive de la duchesse de Valentinois.

payant au trésor le quart de la futaie. Après la révolution de Juillet, dans la crainte d'une nouvelle expropriation révolutionnaire, ils les vendirent à des particuliers[1].

La lutte entre le seigneur et les vassaux du Rosemont, suspendue par la guerre de Trente ans, reprit son cours sous les Mazarin et avec plus d'acharnement et d'extension que sous les archiducs. Leurs officiers subirent dans l'administration de telles entraves, qu'un moment il fut question d'établir à Belfort une régence modelée sur celle d'Ensisheim[2]. La perception des droits et revenus de la seigneurie fut si contestée que, pour les fixer irrévocablement, on prit en 1741 des lettres de terrier[3]. Cette opération, qui n'avait pas été menée à fin sous les archiducs, aboutit sous les Mazarin, après de très-nombreuses discussions. Ces discussions ne portèrent plus seulement sur la chasse et la pêche, les eaux et forêts, mais elles s'étendirent encore aux tailles, banalités, dîmes, corvées et juridictions. A cette occasion il y eut des mutineries de particuliers, des coalitions des villages, et des procès sans cesse renaissants. Dans chaque circonstance on invoquait contre les prétentions de la seigneurie les droits et coutumes anciennes du pays.

III

Le Rosemont avait en effet ses coutumes particulières. Elles me paraissent communes à ses deux parties jusques à l'article 33 du Coutumier[4], et à partir de cet article, plus spéciales au haut Rosemont. Le bas Rosemont se trouve régi, quant à certaines matières, par le droit de la seigneurie de Belfort[5]. Et la mairie d'Etuffont observe quelques usages qui lui sont propres[6].

[1] A l'audience des criées du tribunal de la Seine, le 15 novembre 1834.— Corret, *Histoire de Belfort*, p. 51.

[2] Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 67.

[3] Archives, *loc. cit.*, L. 11, 12 et 14 à 18.

[4] Ainsi que le prouvent les articles 2, 28 et 29 du Coutumier.

[5] Schœpflin-Ravenez, IV, p. 134.

[6] Ainsi la mairie d'Etuffont relève du diocèse de Bâle, tandis que le Rosemont haut et bas appartient au diocèse de Besançon. — Ainsi la mairie d'Etuffont porte ses appellations à la justice de Rougemont, tandis que le Rosemont va à la justice seigneuriale de Chaux. — Ainsi la mairie d'Etuffont n'a le parcours que sur ses quatre communautés, tandis que les onze villages du Rosemont ont le parcours entre eux.—Ainsi Etuffont paye deux

IV

Le texte original de ces coutumes a disparu depuis longtemps. Déjà à la fin du seizième siècle, on ne le pouvait plus produire. Alors il existait encore des expéditions authentiques de la rédaction française. L'une d'elles fut envoyée en 1570 à la régence d'Ensisheim par le bailli du Rosemont [1]. Je ne sais ce qu'elle est devenue. On n'en retrouve pas la moindre trace dans les archives du département du Haut-Rhin. Une autre, délivrée par un notaire du nom de Vieillard [2], a été signifiée en 1697 par Hengenot, sergent de Belfort, au duc de la Meilleraie. Elle est aujourd'hui déposée dans les archives de la mairie de Giromagny. Il n'y a plus, à ma connaissance, d'autre exemplaire officiel que celui-là. Son état matériel est déplorable. Le papier, fatigué par un fréquent maniement et partiellement mouillé, se désagrége ; ses bords sont tout cranés et en décomposition. Il est donc très-opportun de sauver d'une ruine imminente et certaine ce curieux monument du vieux droit alsacien ; et je le reproduis par l'impression, afin de le conserver aux amis de la science juridique et de l'histoire locale.

V

A quelle époque et par qui les coutumes du Rosemont ont-elles été dressées ? Le texte que j'édite ne fournit point réponse à cette double question. Il ne mentionne ni la date de l'original, ni le nom de l'auteur. A ne juger de ces usages que par leur affinité avec ceux de Belfort et de Montbéliard, on serait tenté de les attribuer au comte Renauld. Pourtant des documents historiques en reportent positivement l'honneur à l'archiduc Léopold. Désireux de gagner le cœur de ses sujets du Rosemont et de s'assurer leur concours dévoué contre de redoutables enne-

poules par feu, tandis que le Rosemont n'en paye qu'une seule. — Ainsi Etuffont est sujet au banvin, tandis que le Rosemont en a toujours été affranchi, etc.

[1] Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 66.

[2] La résidence du notaire Vieillard m'est inconnue. M. Méry, notaire à Belfort, possède les minutes de l'ancien tabellionné de cette ville. Il m'assure que Vieillard n'a jamais été titulaire de son office, comme je l'avais pensé un moment. Lobstein, dans son Manuel du notariat en Alsace, ne donne aucun renseignement sur Vieillard.

mis, il les a affranchis de la mainmorte, et a approuvé leurs coutumes[1]. Cette indication d'origine autrichienne n'est peut-être que la louange d'un prince aimé. Et il n'y aurait pas, je crois, témérité à penser que Léopold a fait pour sa seigneurie du Rosemont ce qu'il a fait pour sa terre d'Héricourt[2], c'est-à-dire qu'il s'est borné à confirmer des usages établis par les princes de Montbéliard. Le lecteur décidera. Mais qu'on fasse de cet archiduc le fondateur ou le consécrateur des droits, coutumes et priviléges du Rosemont, il est certain que la maison d'Autriche a plusieurs fois apposé sur cette œuvre le cachet de son autorité. En 1467, dans des circonstances politiques analogues à celles où s'était trouvé Léopold, l'archiduc Sigismond délivra aux gens de cette vallée une patente qui supplée utilement la perte de celle de son prédécesseur, et que nous rapportons à cause de son importance[3]. « Nos sujets de la prévôté de « Rosemont ont été affranchis par nos ancêtres, en sorte qu'ils « sont exempts à perpétuité du droit de mainmorte, et qu'ils ne « doivent rien donner pour ce droit à nos officiers, suivant les « lettres libellées à cet effet. Nosdits sujets nous prient humble- « ment de leur confirmer cette grâce et franchise, ainsi que les « autres louables coutumes dont ils ont joui du temps de nos « prédécesseurs et sous notre règne. Vu cette humble supplique « et leur dévouement, Nous, Sigismond ... LEUR CONFIRMONS « CETTE FRANCHISE ET GRÂCE, AINSI QUE TOUS LES DROITS DONT « ILS JOUISSENT TRADITIONNELLEMENT PAR BONNE COUTUME, AFIN « QU'EUX ET LEURS DESCENDANS EN JOUISSENT A PERPÉTUITÉ ET « SANS ENTRAVES, COMME SI CES DROITS ÉTAIENT TRANSCRITS « MOT POUR MOT DANS LA PRÉSENTE PATENTE. » Un siècle après, le 3 novembre 1567, l'archiduc Ferdinand renouvela aux Rosemontois, sur leur demande, « les grâces, franchises et toutes « autres bonnes et louables coutumes qu'ils avaient obtenues de « lui et de ses ancêtres[4]. » En 1603, l'empereur Rodolphe confirma à Insprück, pour la troisième fois, et d'une façon générale et vague, les droits et coutumes du Rosemont ; mais sa chancellerie mit dans l'envoi de cet acte une telle lenteur et

[1] Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 66.
[2] Duvernoy, p. 58 et 92.
[3] Schœpflin, *Alsatia Diplom.*, n° 1376, II, p. 402.
[4] Archives du Haut-Rhin, fonds du Domaine, carton 4, dossier J.

mauvaise grâce que, nonobstant le payement des frais et malgré toutes sortes d'instances, l'expédition n'était pas encore parvenue dans la vallée deux ans après [1].

A cette date, la maison d'Autriche luttait depuis un demi-siècle contre ses vassaux du Rosemont à propos de la pêche, de la chasse, des eaux et des forêts. Par des règlements spéciaux sur ces matières, elle avait porté de graves atteintes au statut primitif de la vallée. Les sujets, forts du texte de leurs us et coutumes traditionnels, résistaient énergiquement à des innovations [2] destinées à accroître les profits de la seigneurie et à multiplier les banalités, cet abus odieux du droit de police et de commandement. L'Autriche, qui n'entendait ni céder ni se départir de ses récents édits, se mit donc, dans un but facile à saisir, à critiquer le document invoqué contre elle, à mettre en doute son authenticité et même son existence, à équivoquer sur le sens et la portée des confirmations qu'il avait reçues des archiducs. En effet elle déclare : 1° le 31 janvier 1570, que le titre dont on se prévaut est sans autorité, parce qu'il n'est ni signé, ni scellé [3]; 2° le 5 décembre 1576, que les approbations antérieures mentionnant expressément l'abolition de la mainmorte sans parler de la chasse, de la pêche, des eaux et forêts, les coutumes des Rosemontois sur ces matières doivent être considérées comme des usurpations abusives, et que par conséquent il y a lieu de les débouter de leur demande en sanction de ces prétendus anciens usages [4]; 3° le 30 avril 1579 que, recherche effectuée dans les archives des régences d'Ensisheim et d'Insprück, on n'a point découvert le texte des franchises alléguées sur ces sujets, et que désormais les Rosemontois devront s'en tenir aux mandements généraux et priviléges promulgués par l'archiduc Ferdinand [5]. Ces déclarations étaient sans sincérité. Les Mazarin firent plus encore que les archiducs. Dans leurs contestations avec leurs vassaux, ils soutinrent avec éclat et sans ambages que « les cou-

[1] Lettre de réclamation du 27 mai 1605. — Archives du Haut-Rhin, C. 673.

[2] Voir notes 14, 18, 20, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 42, 44 et 45.

[3] Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 66. — Voir notes 20, 44 et 45.

[4] Archives du Haut-Rhin, C. 375 et 424, fonds Mazarin, L. 66. — Voir notes 20, 44 et 45.

[5] Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 7. — Voir note 20.

« tumes du Rosemont étaient un misérable recueil indigeste « d'usages, dépourvu de tout caractère légal et fabriqué par un « faussaire dans l'intérêt exclusif de ses vassaux, un misérable « chiffon sans auteur, sans commencement, sans fin, sans date « et sans aucune forme. Car, si l'on demandait aux commu- « nautés du Rosemont en quel temps et de quelle autorité a été « faite la compilation de ces prétendues coutumes, qu'auraient- « elles à répondre ? Si on leur demandait à voir le préambule « et la fin de cette rapsodie, que diraient-elles ? Si on leur de- « mandait à produire l'original, quel serait leur embarras?... « Ces prétendus statuts ont été si peu considérés comme des ti- « tres, que jamais ils n'ont pu autoriser les habitants du Rose- « mont à usurper les droits qu'ils s'y donnent libéralement. Il « est bien des seigneurs bas justiciers qui n'ont pas les préroga- « tives que cette indigne rapsodie leur attribue. Et, au droit de « battre monnaie près, on ne pouvait leur accorder plus... Ces « prétendus usages ne sont donc qu'une agréable chimère dont « se repaissent les gens du val de Rosemont, et leur fanatisme à « propos de ces prétendus droits n'est pas nouveau [1]. » Mais ces exagérations intéressées et ces accusations malveillantes ne devaient point avoir écho en une justice impartiale. Aussi, de tout temps, la coutume du Rosemont passa pour un titre sérieux, énonçant les droits du seigneur et de ses sujets, devenu officiel par les approbations archiducales. Elle a été proclamée telle à diverses reprises, avant la révolution, par la maîtrise des eaux et forêts d'Ensisheim et par le Conseil souverain d'Alsace, de nos jours par le tribunal de Belfort et la Cour impériale de Colmar [2]. Cette appréciation n'est-elle pas de la plus stricte équité ? Et n'y avait-il pas une étrange contradiction dans le langage et la conduite de la seigneurie, qui s'appuyait sur ce titre toutes les fois qu'il s'agissait de réclamer de ses vassaux une prestation quelconque, et qui déniait autorité à ce même

[1] Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 7 et 66.

[2] Sentence de la maîtrise des eaux et forêts d'Ensisheim, 15 juin et 15 septembre 1699 ; arrêts du Conseil souverain, 9 septembre 1733, affaire de Chaux et de Sermagny ; 7 avril 1739, affaire Cuenot. — Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 7, et fonds du Domaine, *loc. cit.* — Voir en outre note 36. — Jugement de Belfort, 11 avril 1828, et arrêt de Colmar, 15 février 1838 dans Neyremand, Recueil des arrêts de cette Cour, XXXIV, p. 271.

titre toutes les fois qu'il s'agissait de reconnaître à ses sujets un droit quelconque ?

VI

A ce titre ancien et reconnu authentique des usages du Rosemont, j'ai joint des notes pour l'éclairer et surtout le compléter. J'ai mené jusqu'à la révolution de 1789 l'histoire des institutions politiques, administratives et judiciaires de cette vallée à l'aide de documents épars, peu connus et même totalement inédits[1]. On verra dans l'appendice les changements apportés au statut primitif, combien la condition des sujets fut aggravée par ces innovations, quelles émotions ardentes et passionnées en découlèrent, et avec quelle opiniâtre énergie les Rosemontois défendirent les traditions de leurs ancêtres et leurs droits immémoriaux. Ces luttes entre seigneur et vassaux constituent le fond de l'histoire de ce petit pays ; car, ainsi que nous l'avons vu plus haut, les événements militaires ne jouent dans son existence qu'un rôle restreint et secondaire.

VII

Les coutumes du val d'Orbey, que j'ai publiées l'an dernier[2], formaient en raccourci une législation générale. Elles touchaient à toutes les branches de la jurisprudence. Ce caractère manque à celles du Rosemont. Elles sont, avant tout, une charte politique où l'on traite avec étendue des juridictions civiles et criminelles, du taux des amendes, des tailles, des cens, des redevances, des dîmes, des corvées, du service militaire, de la chasse, de la pêche, des eaux, des forêts et des banalités. Le droit civil, sauf trois articles consacrés aux épaves, confiscations et successions, est abandonné pour tout le reste à l'empire de la coutume générale du Sundgau. Moins complet que le coutumier d'Orbey, celui de Rosemont offre sur certains points des détails et des notions qu'on chercherait inutilement dans l'autre ; et par ce côté il devient l'utile complément de notre autre publication, quand on veut étudier les anciennes mœurs de l'Alsace.

[1] Je saisis volontiers cette occasion d'offrir mes remercîments à MM Brièle et Gretscher pour le gracieux empressement qu'ils ont mis à faciliter mes recherches dans les Archives du Haut-Rhin.

[2] Paris. Durand ; in-8°, 1864.

LES

DROITS ET COUTUMES DE ROSEMONT.

Premièrement. Il y doit avoir une justice establie en Rosemont (1), laquelle se doit tenir au villlage de Chaux (2) pour touttes personnes estrangères et autres qui y auront à faire ; laquelle justice doit estre composée d'un lieutenant (3), qui résidera dans Rosemont, et de neuf juges (4) qui auront pouvoir de juger des causes tant civilles que criminelles ; — et si quelqu'un avait à playder contre un autre devant icelle, ledit lieutenant, au nom du seigneur de Belfort (5), après avoir ouy les parties en leurs demandes, responses et litiscontestation en cause, demandera, ayant le sceptre en main, auxdits neuf juges leur avis et les laissera juger, sans qu'iceux lui anticipent rien, selon leur bon jugement, et ensuite le lieutenant prononcera leur sentence.

2° Ladite justice de Rosemont sera considérée et estimée comme supérieure, et comme celle du seigneur, et puisque la justice de Rougegoutte (6) est une basse jurisdiction, les appels en provenant seront présentés par devant celle dudit Rosemont, commaussi celles de Veselois et d'Arguesans estant comprinses sous celle de Rosemont ; s'il s'y trouvait une partie privée, elle appellera de leurs sentences par devant les neuf juges dudit Rosemont.

3° Par devant lesdits neuf juges de Rosemont seront exhibés les actes, sentences et touttes escriptures, et après les avoir bien et mehurement considérés, rendre la sentence appellatoire dans les quatorze jours (7) s'il est possible, afin que les parties n'ayent suject de se plaindre de leur subterfuge.

4° Item sy deux estrangers se font convenir lun lautre par devant la justice du dit Rosemont, ou soit qu'ils y soient appellez par le magistrat, et estant comparu ne pourront les parties se désister d'icelle avant la congnoissance et sentence d'iceux neuf juges, qui touttesfois devront faire bonne et briefve justice, et que les parties n'ayent suject de sopposer ou se plaindre.

5° Item que sy une partie fait citer une autre, et le deffendeur ne comparoissant pour la première, deuxiesme et troisiesme fois, sans faire ses exceptions et contredits, l'acteur pourra former demande et procès contre ledit deffendeur tout ainsi que s'il y estait présent et conclure à ce qu'il soit contumacé, et ensuitte se devra prononcer une vraye et légitime sentence (8).

Comme il faut procéder en matière criminelle (9).

6° Sy quelqu'un pour son crime est mis aux prisons, ou bien qu'on veuille faire plainte ou accuser un autre de crime, iceluy en devra faire rapport par devant le lieutenant et les neuf juges jurez de la justice de Rosemont.

7° Item sy quelque malfacteur doit estre mis à la torture pour l'interroger, celo se doit faire en la présence du lieutenant et de tous les juges ou la major partie d'iceux. Au défaut de quoy et nestant ainsy observé, les dits juges ne seroient obligez d'en donner sentence.

8° Et après que la confession du délinquant aura esté entendue par le lieutenant et les neuf jurez, iceux pourront faire venir le malfacteur par devant eux touttes et quantes fois que bon leur semblera ; et suivant quiceluy aura confessé, silz trouvent à propos de leslargir, ilz le pourront faire, sinon le jugeront de vie à mort.

9° La sentence se devra prononcer au lieu accoustumé comme l'on a toujours ehu fait d'ancienneté, laquelle sera leue hautement et intelligiblement ensemble des confessions du délinquant, qu'un chacun la puisse entendre et comprendre.

10° Laquelle sentence estant donnée, il est au pouvoir et plaisir de Sa Majesté, ou à son conseil, de l'adoucir ou faire grâce au délinquant (10).

11° Et au cas ladite sentence soit approuvée par le Roy ou son conseil, le délinquant sera condamné et délivré par le lieutenant au maître des hautes œuvres (11) pour estre exécuté selon la sentence prononcée par les juges aux frais et despens du seigneur du lieu.

12° Dailleurs sy le condamné sesvade par la négligence du bourreau, il eschera aux peines et amendes du seigneur.

13° De plus, lesdits justiciers ont ce privilége qu'en cas un estranger fut mis rier eux aux prisons pour crime et quiceluy fut répété par son seigneur, iceux ne seront tenuz de luy laisser ensuivre le prisonnier, et de mesme lesdits jurez ne seront obligez de répéter un des leurs qui seroit aux prisons d'un seigneur estranger ny le faire eslargir (12).

14° Sy quelqu'un homicide un autre (ce que Dieu ne veuille) et il sesvade et se retire en quelque pays estranger en sorte qu'on ne le puisse appréhender pour le rendre ès prisons, le lieutenant ensemble des neuf juges se transporteront au lieu où l'homicide s'est perpétré, il fera un cercle aux quatre entrées où il fera assoir la justice, devant laquelle le fugitif délinquant sera cité, et au cas il ne comparoist sera restably un autre jour où iceluy délinquant sera readjourné aux quatre ouvertures, et au cas il ne comparoisse, sera encore réassize la justice pour la troiziesme fois, ou ledit délinquant sera appelé aux quatre ou-

vertures, et ne comparroissant point, sera fait felonité, et suivant les tesmoingnages et informations prinse de fait, et sera jugé par eux, selon leur bon jugement, conformément aux ordonnances criminelles de l'Empereur (13).

Des amendes qui sadjugent en la justice de Rosemont et à qui elles devront appartenir et les personnes que lon doit salarier d'icelles (14).

15° Qu'en la justice de Rosemont il ne sadjugera aucune amende plus haute de trente ou soixante solz (15);

Que lesdites amendes, petittes ou grandes, appartiendront au seigneur dudit Rosemont (16).

16° Et dautant qu'un lieutenant de ladite justice n'est pourvu d'aucun gage touchant ladite justice, devra tirer de chaque amende quatre solz à cause du scel qu'il a rier luy, et pour la peine qu'il y prend (17).

17° Item sy quelqu'un actione un autre doit avoir douze solz de chaque amende de soixante solz, et de trente solz six, et des petittes amendes trois solz, et rien plus.

18° Sy quelqu'un a forfait la vie dont la mort sen doive ensuivre, les biens d'iceluy au cas il naye héritiers légitimes de son corps seront eschus et confisquez au seigneur de Rosemont (18).

19° Néantmoins les biens que sa femme aura apportés avec luy et ceux quelle aura hérités de son estoc retourneront à sadite femme.

20° Item un chacun suject de Rosemont est obligé de contregarder son honneur et son serment (19); que sy de propos délibéré il contrevient à iceux doit eschoir aux amendes du seigneur.

21° Item sy quelqu'un est trouvé coupant du bois ès forrests du seigneur sans le sçu et voulloir du prevost ou du forrestier, payeront l'amende, scavoir de la tige de folz (hêtre?) soixante solz, et de chaque chaisne trente solz (20).

22° Mais sy les habitans de Rosemont avaient emmenez le bois sy loing que depuis là le forrestier ny peut jetter sa coignée jusqu'au tronc qu'il aurait coupé, en sera quitte et exempt sans en payer aucune amende (21).

Du raimbage des gages.

23° Sy pour quelque dispute, ou bapture, ou d'une succession, un gage est emporté, iceluy gage doit estre restitué en payant neuf solz ballois (22) dans le terme d'un mois.

Des biens trouvés.

24° Tous les biens trouvés (23) au val de Rosemont seront mis en despost rier les officiers de la seigneurie, ou bien à ceux qui en auront

charge, le temps de quarante jours, et sy dans ce terme lesdits biens ne sont repetez seront eschuz à la seigneurie.

S'ensuit a quoi les sujects de Rosemont sont attenuz et obligez à la seigneurie.

25° Seront lesdits sujects de Rosemont obligez de servir la seigneurie avec une pique pendant que le seigneur régnera, ou au colonel quil aura estabh, toutes et quantes fois qu'ils en seront advertys (24).

26° Feront aussy lesdits sujects les courvées annuellement, telles que de coustume, comme de charrue et de fauschée, et pour récompense leur sera honnestement donné à manger et à boire (25).

S'ensuit ce que les mayres doivent avoir pour vne récompense.

27° Et d'autant que dans le val de Rosemont il n'y a aucun sergent estably qui se mesle des affaires de la justice pour faire les commandements et deffenses, les barrer, gager et vendre, et que telles choses s'expédient par quatre mayres, comme celuy de Chaux, Vécemont, Rougegoutte et Esloys, un chacun en sa mayrie, devront avoir de chaque commandement et deffense et de chaque barre pour récompense quatre deniers (26).

Des tailles, censes en argent, poulles et autres redevances.

28° Item les cy apres nommez mayres de Chaux, Vécemont, Rougegoutte, Esloys, Vezeloys, Arguesans et Estueffond doivent annuellement à la seigneurie quatre cens livres balloixes de tailles payables la moitié en mars et l'autre moitié en octobre (27).

29° Desquelles quatre cens livres de tailles, en doivent estre défalquées cinquante livres pour la fondation que madame N*** marquise, a faite à l'hospital de Belfort et qui seront payées audit hospital (28).

30° Et tous ceux qui sont redevables des censes d'avoines payeront d'un chacun bichot d'avoine deux solz ballois et quatre poulles, ainsi qu'il est plus amplement porté au registre de la seigneurie (29).

31° Item les dixmes de seigle et d'avoine (30) dans lestendue de Rosemont, tant haut que les monts, appartiennent au seigneur, excepté les dixmes des Esglises et autres dixmes seigneuriaux, et sera payé de chacun bichot une livre de cyre.

32° Item seront tenus lesdits mayres de livrer les dixmes au chastenu de Rosemont, sur le grenier, à leurs propres frais et despens (31).

33° Item de chaque fuage depuis le pont du Vald'hoye en haut une poulle à la seigneurie, pour lesquelles poulles on laissera ensuivre aux

dits sujects du bois pour leurs fuages hors des vieux bois marquez appartenant à la seigneurie (32).

34° Item ceux qui ont des cyes ou raisses de planches d'autant quilz prennent du bois en forrest de la seigneurie pour faire planche (33), payeront les censes ainsi qu'il est porté au registre de la seigneurie.

35° Item les sujects de Rosemont, depuis le pont du Valdhoye en haut, sont obligez de payer annuellement cinquante solz de taille pour leur maison.

S'ensuivent les droicts et coutumes desquelles se servent encore de présent les sujects et habitans du val de Rosemont depuis le pont du Vald'hoye en haut.

36° Premièrement, les habitans de Rosemont, depuis le pont du Vald'hoye en amont, n'ont et n'ont éhus aucun moulin bannal (34) ny ribe quon les y puisse contraindre, comme de fait ilz ne doivent estre obligez d'en avoir.

37° Lesquelz habitans ont le privilége de pouvoir ériger sur leurs propres fonds four, moulin et ribes, et les faire construire sur les eaux (35).

38° Item que sy quelqu'un desdits habitans de Rosemont, depuis le pont du Vald'hoye en haut, estoit en resolution de voulloir bastir une maison, un four, moulin ou ribe, ou autre bastiment, ou bien qu'il voullut faire quelque réparation en sa maison, cour et moulin, demandera au prevost ou forrestier du bois autant qu'il en aura nécessaire, lequel ne fera aucune difficulté de luy en donner, puisque telle chose est pour le profit et utilité du commun, et devra iceluy habitant donner audit forrestier pour iceluy bois trois solz et rien de plus.

39° Et au cas que quelqu'un voullut sesmanciper de son autorité privée, et sans permission emmener du bois pour son bastiment, ou bien pour quelque réparation hors des forrestiers de la seigneurie, iceluy sera obligé de convenir et traicter avec le seigneur pour lamende en laquelle il sera eschu.

40° Que sy quelqu'un desdits habitants de Rosemont couppe un arbre et le billionne, les branches appartiendront au premier qui les trouvera et les pourra emmener.

41° Et si quelque habitant avait coupé ou abatu un bois et qu'il eût laissé la tige par terre jusques à ce quil y aurait cru quelques espines pardessus ou autre chose, sera loisible à un autre habitant, sans en advertir celui quil laura coupé, de l'emmener pour son usage.

42° Sera aussi loisible auxdits habitans de Rosemont d'extirper les bois de leurs forrests, desquelles ilz payent annuellement cense d'avoine pour y labourer et semer.

43° Lesquelz ne seront attenuz à autres choses pour lesdites forrests, sinon les rentes d'avoine et les dixmes lorsquilz y semeront.

44° Que, sy dans lesdites forrests il sy trouvoit quelque bois pour bastir, ilz le pourront faire abatre ou le vendre pour argent à quelqu'un ou bien le donner pour rien à qui bon leur semblera.

45° Et devront les quatre mayres de Rosemont, puisquilz sont obligez avec les autres de lever les tailles et les délivrer, estre exempts des dites tailles sans en rien payer.

46° Auxquelz habitans, depuis le pont du Vald'hoye en haut, est permis de faire des estangs de leurs propres champs, prez et forrests comme bon leur semblera.

47° Et ne seront lesdits habitans de Rosemont obligez de payer à qui que ce soit aucune gerbe, sinon la dixme, excepté pour l'entretien de la garde du chasteau de Rosemont (36); et que sy davanture on n'y faisait aucune garde, ne seront attenuz de donner aucune gerbe.

48° Item auront lesdits habitans de Rosemont cette liberté et franchise de pouvoir aller par tous les marchés, foires de cette seigneurie (37) achepter toutes sortes de viandes (38), comestibles, et toutes sortes de danrez, selon que la nécessité le requiert, pour en faire leur bon profit et plaisir.

49° Commaussy pourront lesdits habitans faire conduire l'eau des rivières sur leurs biens en recompensant iceluy à qui on porte dommage ou perte (39).

50° Item que sy un des sujects du val de Rosemont vouloit faire racomoder son charriot pour faire avec iceluy les courvéez à la seigneurie, lui sera donné du bois à sa réquisition par le forrestier, qui aura pour son droict quatre deniers et rien davantage.

Des successions.

51° Item que lesdits habitans soy hériteront les plus prochains en consanguinité, de manière que le plus proche parent héritera le déffunct, et exclura le plus éloigné, ainsi qu'il est à voir amplement par une lettre quilz ont en main, faite au profit desdits habitans, scelée de feu monseigneur l'archiduc d'heureuse mémoire (40).

Des vins bannal, engal et peages.

52° Les sujects de Rosemont ne seront obligez d'avoir et débiter des vins bannaux comme en d'autre lieu (41). Ils ne seront imposez ny ne payeront aucun engal (42) ny peage (43); ainsi en seront du tout quitte.

De la pesche (44).

53° Les habitans dudit Rosemont ont cette immunité et franchise de pescher avec la main, le borron, la nefse et en quelle façon et manière qu'il leur plaira, èz rivières de Rosemont depuis le pont de Vald'hoye en haut, sans empescher touttesfois l'eau, ny la dériver, ou la conduire hors de son cours naturelle.

54° Commaussy le prévost dudit Rosemont de son plaisir peschera èsdites rivières de Rosemont, sans porter dommage ou empeschement auxdits sujects, et ny commettra ny ordonnera aucun pescheur, afin que lon ny soit contrainct de deffendre les eaux et les mettre en ban.

De la chasse (45).

55° Lesdits habitans de Rosemont ont aussi ce privilége de temps immémorial de chasser avec leurs chiens au sanglier, et au lièvre, et à touttes autres bestes sauvages, fors le cerf et le chevreux, à condition quilz rendront d'un sanglier le premier quartier jusques à onze costes, et des lours la hure et les quattre pattes.

56° Et sy par hasard un desdits sujets de Rosemont allait avec son chien dans la forrest, ou bien chassast avec d'autres chiens, et il rencontrast un cerf ou chevreux, et quil labastit et le print, iceluy n'encourra aucune peine, moyennant rendant a lavandit illustrissime seigneur le premier quartier desdites bestes.

Pour copie collationnée authentique.

D. VIEILLARD,
Notaire.

Signifié et de la présente lessé et livré copie à M. de la Fillez, intendant des affaires de monseigneur le duc de la Meilleraie, en son domicile, à Belfort, où estant et parlant à sa personne, par moi sergent soubsigné, pour y respondre dans le temps de l'ordonnance. A Belfort, le 15 octobre 1697.

B. HENGENOT.

NOTES.

(1) Une justice. — Les premiers mots de la coutume signalent à l'attention du lecteur l'importante institution que les jurisconsultes anciens caractérisaient par les termes : *jurisdictio*, *honos* et *districtus*, c'est-à-dire le pouvoir des justices, leurs droits honorifiques et leurs profits. Chacun de ces termes mérite un examen spécial. Je vais, sous l'article 1 du coutumier, rechercher quelle a été l'organisation judiciaire du Rosemont, quelles vicissitudes et transformations elle a subies. Les droits honorifiques et utiles attachés à cette justice seront successivement relevés sous les articles 2 et 15.

Le seigneur de Rosemont, « *image réduite* de l'Empereur, général juge « sur le corps et l'avoir de tous ses sujets, » (Miroir de Souabe, 2e part., chap. LXII, édit. Matile) avait dans sa terre des tribunaux qui administraient la justice en son nom.

I. Justice civile et criminelle. — La plus ancienne organisation de ces tribunaux, celle qui dérive immédiatement des lois barbares et des capitulaires, me paraît avoir été la suivante :

Au premier degré, la *mairie*, composée d'un ou plusieurs villages et connaissant des affaires locales de minime importance à intervalles irréguliers ou déterminés, comme par exemple dans les plaids tenus à Etuffont, au printemps et à l'automne. (Archives du Haut-Rhin. Fonds Mazarin » L. 11, 12 et 66.) On comptait primitivement dans la seigneurie de Rosemont sept mairies, savoir : dans le haut Rosemont, celles de Chaux, de Rougegoutte, de Valdhoye et de Vescemont ; dans le bas Rosemont, celle d'Argiésans et de Vézelois ; enfin celle d'Etuffont. (Art. 27, 28 et 45 du Coutumier. — Voir *suprà*, Introduction, et *infrà*, note 27.)

Au deuxième degré, *la justice supérieure de la seigneurie*, qui connaît en matière civile des appels relevés contre les sentences rendues par les mairies ou les basses justices. Les quatre mairies du haut Rosemont, et les deux du bas Rosemont, vont à Chaux, où les contestations sont vidées par neuf juges sous la présidence du lieutenant ; et la mairie d'Etuffont, à Rougemont, sa justice d'origine. (Art. 2 du Coutumier. — Archives du Haut-Rhin, *loc. cit.* — Urbaire de Belfort en 1472 dans la *Revue d'Alsace*, 1860, p. 155.) Les justices de Chaux et de Rougemont statuent en dernier ressort sur toutes les matières criminelles.

Ces deux degrés de juridiction, la mairie et la justice seigneuriale, sont dominés à leur tour conformément aux traditions de l'Allemagne par un troisième (cf. mes Coutumes d'Orbey, p. 30, note 19) : la *justice du château de Belfort*, qui statue en dernière analyse au rapport du lieutenant sur les litiges civils et domaniaux qui lui sont déférés par les parties. Deux choses sont à noter dans ce tribunal : 1° sa composition où l'élément populaire, ce principe vivace des juridictions alsaciennes, est remplacé, complétement,

par l'élément seigneurial, par les quatre baillis des quatre districts du comté de Belfort, auxquels on adjoint le receveur et le tabellion ; 2° ensuite sa souveraineté juridictionnelle : « *En cette justice de Belfort ny a point de « renvoi pour ce que cest haute justice de prince et métropolytaine. La dyte « justyce de Belfort est métropolytaine de tous les syéges et de toutes les « justyces de la terre de Rosemont.* » (Urbaire de Belfort, *Revue d'Alsace*, 1860, p. 155.)

Le château de Belfort garda cette omnipotence judiciaire jusques en 1523. A cette époque, les archiducs d'Autriche, seigneurs du Rosemont et comtes de Belfort, la lui ravirent par la création de la régence d'Ensisheim, à laquelle ils attribuèrent la connaissance de toutes les causes, avec appel à la chambre impériale d'Insprück. Il convenait en effet à ces princes et à leur politique que des légistes habiles, mêlés à la noblesse, dirigeassent l'administration et la justice, de façon à agrandir le plus possible leur autorité personnelle et à grossir leur trésor obéré de tous les profits régaliens, sans porter une atteinte trop directe et trop éclatante aux franchises et priviléges de leurs Etats héréditaires. Tels furent la mission et le rôle des chambres archiducales, en révisant les décisions des juridictions subalternes. (Ord. de 1523, 1544, 1570 et 1573. Archives du Haut-Rhin, fonds de la régence, C. 4 et 5 ; M. Brièle, *la Régence d'Ensisheim*, dans les *Curiosités d'Alsace*, I, p. 13.)

Ainsi, dans le Rosemont, cinq tribunaux s'élevaient hiérarchiquement les uns sur les autres. Cette gradation complexe, onéreuse, pleine de retards, donna souvent aux plaideurs la tentation de s'en affranchir ; et plus d'une fois on fut obligé de leur rappeler qu'avant d'aborder la juridiction supérieure, il fallait épuiser les inférieures. (Archives du Haut-Rhin, C. 151.) Malgré tous ses inconvénients, cette gradation ne subit aucune altération. Quand le traité de Munster eut réuni l'Alsace à la France (1648), quand le cardinal de Mazarin fut devenu en Rosemont le successeur des archiducs (1659), les choses changèrent de face. Une organisation judiciaire simple, à deux degrés de juridiction seulement, remplaça le régime autrichien si compliqué et si dispendieux.

En effet, en 1657, on établit, au lieu des régences d'Ensisheim et d'Insprück, un conseil provincial d'abord, souverain ensuite, pour connaître, décider et juger en dernier ressort toutes les causes civiles et criminelles de l'Alsace. (Ord. d'Alsace, I, p. 2. — Pillot et de Neyremand, *Histoire du conseil souverain.*)

Et en 1675, ce conseil supprima tous les juges de ressort établis par les seigneurs dans leurs terres. Dans le Rosemont, cette mesure frappa de mort les mairies et la justice de Chaux. Il ne resta à la seigneurie d'autre tribunal de première instance avec appel direct au conseil souverain que la juridiction du château de Belfort, composée ainsi que je l'ai dit plus haut.

Cette grave modification aux anciens usages ne fut acceptée ni par le seigneur ni par ses sujets, mais pour des motifs différents. M. de Mazarin tenait, dans un intérêt d'autorité, à avoir des juges de ressort. Et ses vassaux, habitués à trouver un magistrat sous leur main, se résignaient difficilement à l'aller chercher à Belfort avec un déplacement onéreux. De ce

double mécontentement sortirent des attaques contre l'arrêt du conseil souverain.

Le duc de Mazarin ouvrit le feu en le déférant au Parlement de Metz. Le succès que cette compagnie accorda à son appel (7 janvier 1678), ne dura que vingt jours, car le conseil d'Etat, en maintenant par arrêt (28 janvier 1678) autorité et force au règlement du conseil souverain d'Alsace, lit irrévocablement pour le Rosemont, du château de Belfort, un premier degré de juridiction en toutes actions civiles et criminelles, réelles et personnelles (Ord. d'Alsace, I, p. 53).

Aller plaider à Belfort, c'était pour les gens de la vallée un assujettissement dur et onéreux : par attachement à leurs vieilles coutumes aussi bien que par intérêt, ils auraient désiré conserver en première instance une justice rapprochée d'eux, une justice populaire et consacrée par le temps, la justice de Chaux, le lieutenant avec ses neuf juges. Ils la réclamèrent successivement et au duc de Mazarin et au conseil d'Etat, mais sans résultat ni succès, en 1678. Leur requête, renouvelée en 1742, n'eut pas meilleure issue. Tout ce qu'on fit pour eux dans l'intervalle de ces deux dates, ce fut d'obliger les quatre baillis du comté à être gradués (Ord. de 1686). Le temps n'éteignit point leurs désirs, et en 1746 une occasion de les réaliser s'étant présentée, ils la saisirent avec empressement.

Dans les premières commissions données par les Mazarin aux quatre baillis du comté, il était dit que ceux-ci se réuniraient à Belfort pour décider en commun les procès de leurs districts respectifs. Cette clause ne fut pas reproduite dans les provisions subséquentes. Le bailli de Rosemont, de concert avec les communautés, s'empara de cette lacune pour démontrer l'incompétence de ses collègues à juger les affaires de son territoire, et en argumentant des itératives défenses aux baillis de juger hors de leur circonscription (Arrêts de 1703 et de 1725 dans les Arrêts notables, II, p. 259, et Ord. d'Alsace, I, p. 581), il demanda la séparation des justices du comté. Avec l'adhésion du procureur général il obtint, le 11 juillet 1746, arrêt par lequel le conseil souverain d'Alsace interdisait à ses collègues de connaître désormais soit au civil, soit au criminel, d'aucun cas dans l'étendue du bailliage de Rosemont. Cette séparation des justices du comté mécontenta au plus haut degré les autres baillis et la famille de Mazarin, qui obtinrent du Roi, sur leurs réclamations communes, des lettres maintenant l'ancienne union des quatre justices du comté de Belfort (11 mars 1747). Le bailli et les communautés de Rosemont s'opposèrent à l'enregistrement de ces patentes. Après de longs pourparlers, il intervint enfin sur ce conflit et entre toutes les parties une transaction (28 février 1752) qui fut ratifiée par Louis XV et enregistrée au conseil souverain (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 79). Elle portait les conditions suivantes : A l'avenir chaque bailli du comté rend justice, dans son district seulement, tant au civil qu'au criminel, à tous les justiciables de son bailliage à charge d'appel au conseil souverain d'Alsace. En cas d'absence, de maladie ou autre empêchement, les juges se suppléent réciproquement. Chacun instruit dans son territoire les procès criminels et se fait assister respectivement par ses collègues pour les jugements définitifs sans pouvoir

appeler d'autres juges gradués, hors les cas d'empêchement légitime. Néanmoins les causes, instances ou procès dans lesquels le seigneur de Rosemont se trouve intéressé, doivent être portés et jugés à Belfort par tous les juges du comté ou au moins par deux d'entre eux en cas d'absence, maladie ou légitime empêchement du troisième. Il en est de même pour la gruerie, les bois et forêts, la chasse et la pêche. Les vacations et émoluments des affaires appartiennent en entier à celui des juges du ressort d'où elles proviennent et dans le district duquel les délits ont été commis. Les audiences pour les affaires du district de Rosemont sont tenues par les juges réunis à Giromagny le premier samedi de chaque mois, tandis qu'ils siégent à Belfort le lundi pour les districts de Belfort, d'Angeot et de l'Assise (Ord. d'Alsace, II, p. 409). Cette transaction resta jusqu'à la révolution la charte dernière de l'organisation judiciaire du Rosemont, et il n'y fut dérogé que sur un point : les baillis furent autorisés à ne plus se déplacer et à tenir audience dans leur prétoire respectif, lorsqu'ils étaient obligés de rendre la justice l'un pour l'autre (Arrêts des 23 janvier 1761 et 26 novembre 1773. — Ord. d'Alsace, II, p. 441).

II. Justice des mines. — Dans le cours du quinzième siècle, l'exploitation des mines de cuivre, de plomb et d'argent du Rosemont, prit un développement considérable. Les archiducs, à l'imitation des rois de France et des ducs de Lorraine (Denizart et de Rogéville, v° *Mines*), jugèrent alors nécessaire, afin d'éviter tout conflit avec leurs autres officiers, de déterminer exactement les pouvoirs de l'agent supérieur préposé à la surveillance spéciale des travaux et des ouvriers. Ce fut l'objet des ordonnances de 1462, 1560 et 1562. Je me borne à rapporter la traduction de cette dernière ordonnance, qui résume les précédentes et qui est demeurée en vigueur jusqu'à la révolution :

« Le *Bergerichter* (prévôt des montagnes) aura pouvoir et autorité — sur « tous les ouvriers des mines, tels que écrivains, charbonniers, fendeurs « de bois, mineurs, maréchaux et autres, — sur tous leurs biens et salaires « journaliers.

« Un mineur, devenu incapable de travail et continuant à demeurer « dans une des localités du Rosemont, restera toujours sous la juridiction « du prévôt. S'il se met en service ailleurs, il sera pour lors obligé aux « ordres, coutumes et droits de sa résidence.

« Le prévôt punira tous ses justiciables des fautes qu'ils commettront, « pourvu que ces fautes ne soient point des crimes capitaux (*maleficia*), « auquel cas les criminels devront être jugés par la justice de la ville ou « du pays, après cependant que le prévôt et ses jurés auront pris connais- « sance de l'affaire.

« Si dans un mouvement de colère, dans le vin ou autrement, quelques « personnes s'injurient et se font réciproquement tort, le prévôt pourra les « mettre d'accord lorsqu'elles ne persévéreront point dans leurs injures et « dans leurs torts. Quand au contraire elles y persisteront, il renverra les « contendants à la justice de la ville ou du pays pour qu'elle les pacifie.

« S'il y a indices ou preuve de crime, ou crime tout à fait manifeste con- « tre quelques employés des mines, la justice de la ville ou du pays pourra

« mettre la main sur les coupables sans empêchement du prévôt, et pro-
« céder ensuite contre eux suivant les formes habituelles.

« Si un ouvrier des mines vient à mourir par voie de justice, le prévôt fera
« inventaire de tous ses biens, les gardera et agira comme si cet ouvrier
« vivait encore, selon le droit observé de toute ancienneté dans les mines
« et montagnes : mais la justice de la ville ou du pays disposera du corps
« du criminel, sans aucune contradiction du prévôt.

« Quand un mineur ou un employé des mines mourra, le prévôt nom-
« mera un tuteur à ses enfants, dressera inventaire des biens du défunt,
« partagera son patrimoine entre sa veuve et ses héritiers ; et s'il surgit
« quelques difficultés, il les terminera amiablement ou judiciairement aux
« frais de l'hérédité.

« La femme du défunt, tant qu'elle restera veuve et ne prendra aucun
« service étranger, ainsi que les enfants, demeureront sujets du prévôt à
« la vie et à la mort, excepté seulement pour les cens de terre et les droits
« de paysans définis par la coutume du pays.

« Le prévôt a pouvoir sur tous les biens des ouvriers, pendant leur vie
« et après leur mort, sans empêchement des autres justices, non compris
« toutefois les nobles, leurs biens et privilèges.

« Les ouvriers cultivant dans la montagne la vigne, les céréales ou au-
« tre chose, ayant des maisons ou des biens-fonds, et exerçant le travail
« des mines, sont soumis au prévôt pendant leur vie. Après leur mort,
« celui-ci dressera inventaire exact de leurs biens, en donnera connais-
« sance à la veuve du défunt, et fera toutes les autres choses nécessaires,
« sans contradiction de la justice de la ville ou du pays.

« Les personnes qui demeurent dans les villes ou pays du Rosemont,
« tiennent hôtellerie ou trafiquent de quelque marchandise sont soumises,
« pour leur personne et leurs biens, à la juridiction de la justice de la ville
« ou du pays, laquelle fera à leur décès inventaire de tous leurs biens, en
« agira et disposera avec bonté, selon les droits du pays et sans empêche-
« ment du prévôt, quand même elles auraient quelque bien dans les mon-
« tagnes, car dans ce cas le moins suit le plus.

« Les ouvriers seront payés avant tout de leurs salaires, sans frais in-
« justes. S'ils éprouvaient un préjudice qui les contraignît à se plaindre,
« et s'ils étaient envoyés en possession de quelque bien sur la montagne,
« le prévôt leur ferait bon par taille, selon le droit des montagnes.

« Si quelques bourgeois des villes ou du pays cultivent la terre dans la
« montagne, le prévôt aura autorité pendant leur vie sur ce bien de la
« montagne, et le reste du patrimoine de ces personnes sera soumis à la
« justice de leur localité qui en disposera pendant leur vie et après leur
« mort, selon ce qui a été ci-dessus déterminé.

« S'il est nécessaire de rendre témoignage devant la justice des mines,
« de la ville ou du pays, si le nombre des témoins du côté des mines est
« plus grand que celui de la ville ou du pays, cette justice obligera alors
« ses sujets à aller déposer devant le prévôt. Celui-ci agira de la même
« façon pour ses justiciables en semblable cas. Lorsque le nombre des té-
« moins sera égal, il suffira de prendre témoignage devant une seule jus-

« tice pour éviter les frais. On pratiquera cette méthode alternativement.

« Lorsqu'on édictera un commandement général pour l'Alsace ou le « Sundgau, la publication s'effectuera en présence de la justice des mon- « tagnes et de la justice de la ville ou du pays. Mais si le commandement est « particulier et ne regarde qu'une justice, la publication aura lieu devant « cette justice, sans réquisition ni présence de l'autre.

« S'il y a une assemblée et réunion pour la défense du pays, et si l'on « choisit à cet effet des personnes et des mines et du pays, l'ouvrier des « mines qui aura des biens sous une justice de la ville ou du pays sera « obligé de contribuer en toute façon avec la ville et de marcher s'il est re- « quis, tandis que celui qui n'aura pas de biens ailleurs demeurera com- « plétement sous l'autorité du prévôt. Aucune partie ne devra molester « l'autre en cette affaire. Chacun choisira et prendra les siens paisiblement, « ainsi qu'il vient d'être dit.

« Quand des mineurs ou autres employés des mines auront querelle ou « dispute, ou commis des voies de fait, soit entre eux, soit avec des étran- « gers, le premier officier de justice qui arrivera sur les lieux, qu'il soit de « la justice du pays ou des montagnes, imposera la paix et pourra mettre « le délinquant en prison. On obéira en tout à cet officier. Ensuite le prévôt « enverra le bourgeois à la seigneurie supérieure pour le punir. De même « la justice de la ville ou du pays enverra au prévôt les mineurs, coupeurs « de bois, charbonniers, fondeurs et autres employés, sans les retenir en « aucune manière.

« En tout temps les justices entretiendront bonne paix, concorde et cor- « respondance. Elles ne permettront pas que leurs justiciables se moles- « tent réciproquement. Elles établiront une bonne police pour empêcher « toute querelle. Si l'on agit à l'encontre, chacun châtiera les siens sévère- « ment, selon la nécessité, par l'amende ou la prison.

« Les justices des villes et du pays donneront ordre formel à leurs sujets « de recevoir les mineurs ou autres ouvriers des mines, paisiblement, sans « les rudoyer et de leur fournir à juste prix tout ce qui leur sera nécessaire, « sans leur rien vendre plus cher qu'aux autres. Dans le cas où cela ne se « pratiquerait point, le prévôt s'en plaindra par écrit aux officiers du lieu, « qui renouvelleront les recommandations sous peine de châtiment.

« Les bouchers seront obligés par chaque justice, tant des villes que du « pays, de vendre de la bonne viande, toute l'année, les samedis et autres « jours de la semaine, aux mineurs, fondeurs et autres ouvriers des mines, « et de leur donner bon poids pour leur argent.

« Les boulangers doivent, sous peine de grosses amendes, ne point mener « de pain aux montagnes avant qu'il n'ait été préalablement visité et taxé « suivant la coutume, et ne le distribuer aux ouvriers que contre argent « comptant. S'ils conduisent du pain trop léger ou non taxé, la justice « dont ils relèvent les punira. Le prévôt devra veiller à l'observation scru- « puleuse de ces prescriptions.

« Dans les lieux où l'on a coutume de payer l'*umgeld*, on gardera cette « ordonnance. Les mineurs ou ouvriers des montagnes, tenant auberge « dans quelque bourg ou dans le pays et vendant le vin par pinte et me-

« sure, se serviront de la mesure du lieu de la vente et acquitteront « l'*umgeld*. Ceux qui auront du vin dans leur logis, seulement pour « les besoins de leur ménage, seront au contraire affranchis de l'*um-* « *geld*.

« La justice des montagnes ne permettra pas qu'on tienne cabaret, qu'on « vende du vin par pinte et mesure près des mines. Toute espèce de gar- « gottes est interdite dans les montagnes à peine d'amende.

« Quant à la chasse, la pêche et le pâturage, ce qui est défendu aux bour- « geois et sujets est aussi défendu aux mineurs, et ce qui est permis aux « sujets et bourgeois est aussi permis aux mineurs. » (Ordonnance rendue le 20 août 1562, par Ferdinand. — Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 11 et 58; et C. 375, 399 et 400.)

Ainsi le Bergerichter nommé par la seigneurie a dans le Rosemont juridiction sur tous les employés des mines et même sur les personnes étrangères à ces travaux, lorsqu'elles possèdent des biens dans les montagnes, et compétence pour certaines matières civiles et de police, à l'exception du grand criminel.

III. Justice ecclésiastique. — Enfin à côté des deux ordres précédents de juridiction, il en existait dans le Rosemont un troisième pour le règlement des affaires ecclésiastiques. La manière dont ces affaires devaient être jugées par l'évêque de Bâle avait été fixée par un traité de 1435 complété en 1620 (Archives du Haut-Rhin, C. 108 et 109). On sait que, conformément aux lois théodosiennes et canoniques, les ecclésiastiques échappaient personnellement aux poursuites de l'autorité séculière. Si, en 1605, les chambres d'Insprück et d'Ensisheim ne permirent point qu'on méconnût ce principe (Archives du Haut-Rhin, C. 910), elles prescrivirent toujours, et notamment le 26 novembre 1590, au bailli de Rosemont de ne jamais tolérer que le tribunal ecclésiastique de Bâle ou de Besançon entreprit sur ses attributions dans les causes matrimoniales, et connût des délits commis contre les édits de religion (Archives du Haut-Rhin, C. 113).

(2) La justice seigneuriale du Rosemont a eu successivement son siége : à Chaux jusques en 1675; à Belfort jusques en 1752; et depuis ce moment à Giromagny. Cette dernière localité, dont l'existence est constatée dès 1347 (Trouillat, III, p. 847), avait pris par l'exploitation des mines un développement considérable et était devenue le centre le plus populeux de la vallée. Le bailli du Rosemont y avait fixé sa résidence en dernier lieu.

(3) Le lieutenant ou bailli du Rosemont (*Vogt*, *Statthalter*) est nommé par le seigneur haut justicier qu'il représente et auquel il emprunte quelques-uns de ses droits honorifiques. Ses attributions judiciaires, administratives et militaires font de lui le personnage éminent de la vallée (Archives du Haut-Rhin, C. 5. — Cf. Marculfe, lib. I, form. 8. — Cf. Coutumes d'Orbey, p. 21, note 7).

Aucun document n'indique les conditions exigées pour être investi de ces fonctions multiples. Suivant toute probabilité, on suivait sous ce rapport les prescriptions générales du Miroir de Souabe (1re partie, ch. 83 et 87,

édit. Matile), et on demandait à cet officier quatre vertus : la droiture, la sagesse, la force et la prudence. Toute prévarication de sa part était sévèrement punie. Pour le mieux garantir contre toute tentation d'exaction, on lui interdit par la suite de se rendre admodiateur des dîmes dans son district (Mandement du 26 février 1588. — Archives du Haut-Rhin, C. 53). La charge de bailli n'était donnée à un individu âgé ni de moins de vingt et un ans, ni de plus de quatre-vingts. A partir de 1686, il dut être gradué, s'être fait examiner et recevoir par le conseil souverain conformément aux ordonnances (Ord. d'Alsace, I, p. 163, 212, 229 et 345).

Les attributions judiciaires du lieutenant de Rosemont sont nettement définies par le Coutumier et par ce que j'ai dit dans la note n° 1. Au tribunal de Chaux, il convoque et préside les jurés ; il dirige l'instruction des affaires et prononce la sentence sans y avoir pris part ; il en poursuit l'exécution. Au tribunal du château de Belfort et en dernier lieu à Giromagny, son rôle n'est plus aussi purement passif. Il devient juge et il tranche, avec ses collègues les baillis du comté, les litiges soumis à leurs décisions communes.

Sous le rapport administratif, le lieutenant de Rosemont exerce la police dans tous les villages de la seigneurie, et il dresse les ordonnances nécessaires au maintien du bon ordre. Il audiencie les comptes des communautés et des fabriques, de tutelle et de curatelle. Il établit sans l'entremise des bas justiciers les fabriciens, bangards, aborneurs-jurés, taxeurs de pain, de vin et de viande, et autres personnes tenues des charges municipales. Ces agents, ainsi que les préposés à la levée des dîmes, prêtent serment entre ses mains. Aucun bourgeois ou habitant de la vallée ne peut, à peine de dix livres baloises, donner asile en sa maison à des étrangers sans l'avertir dans les vingt-quatre heures. Ceux qui veulent prendre rang parmi les bourgeois d'une des communautés du Rosemont, doivent faire constater par le bailli leur bonne vie, mœurs et religion, et prêter devant lui serment de fidélité au roi, au seigneur et à la communauté. On n'ouvre cabaret qu'avec la permission du lieutenant. C'est lui qui, de concert avec les taxeurs-jurés, tarife les viandes de la boucherie banale de Giromagny; qui vérifie la qualité de celles mises accidentellement en vente par les particuliers; et qui étalonne les poids, mesures et balances des commerçants.

Sous le rapport militaire, le lieutenant de Rosemont a mission de provoquer l'armement des sujets, toutes les fois que le service seigneurial l'exige, et de veiller à la garde du château. (Art. 25 et 45 du Coutumier.)

(4) Les juges du Rosemont, conformément à l'usage général de la province (voir mes *Coutumes d'Orbey*, p. 21 et 22, notes 8 et 9; — Charte et Urbaire de Belfort en 1307 et 1472 dans la *Revue d'Alsace*, 1864, p. 531, et 1860, p. 155), étaient choisis par leurs concitoyens parmi les bourgeois les plus recommandables du pays (Archives du Haut-Rhin, C. 592). Et ce mandat judiciaire leur était conféré, quoique rien ne l'indique, pour un temps limité et au plus à vie (Cf. Ord. d'Alsace, I, p. 507). Dans le Rosemont ainsi qu'à Belfort, il y avait neuf juges; c'est un chiffre moyen entre

le minimum sept et le maximum douze déterminé par le Miroir de Souabe (1re partie, ch. 115 et 117, édit. Matile) : « *S'il y en a plus de sept*, ajoute ce « recueil de droit, *cela vaut mieux*. » (Cf. 3e capit. de 803, c. 20, et 2e capit. de 819, c. 2.) Ces scabins, ces prud'hommes donnaient jugements sur tous cas, en matière civile à charge d'appel et en matière criminelle sans appel. Sur ce dernier point, voir la note 10.

(5) *Au nom du seigneur de Belfort.* — Ces mots nous fournissent l'occasion de parler de la seconde partie des attributs des justices seigneuriales, de traiter de leurs *droits honorifiques*.

Ces droits occupent une large place dans les annales de la féodalité. Les dynastes en avaient emprunté l'idée aux Romains, qui accordaient des honneurs distinctifs aux recteurs de province dans le territoire de leur gouvernement. Eux, pour satisfaire leur orgueil nobiliaire, s'arrogèrent des préséances particulières dans l'étendue de leur seigneurie (Hanteserre, *De ducibus*, c. 17.)

1° Les hauts justiciers commencèrent par se titrer du nom de la terre où ils résidaient. Ainsi le comte de Belfort, qui était en même temps seigneur du Rosemont, ajoutait cette seconde qualification à la première dans les actes privés ou publics.

2° L'église étant l'endroit le plus honorable pour mettre son rang dans toute son évidence, il s'y était assuré une *processionalem receptionem, thus, preces et sedem in choro*. Il avait la présentation du goupillon, un banc dans le chœur, la préséance à l'offrande, au pain bénit, aux processions et aux autres cérémonies religieuses, et même l'oblation de l'encens les jours de fête. Conformément au capitulaire de 869 (Baluze, Capit. II, p. 211), il devait être nommé dans les prières. Quand il mourait, on sonnait les cloches pendant quarante jours ; l'intérieur et l'extérieur des églises étaient décorés de peintures funèbres ou de lettres à son chiffre et à ses armes. En son absence, ses principaux officiers obtenaient une partie des précédents hommages. Toutefois les maires des communautés étaient sans droit pour les réclamer, quand le bas justicier de Rougegoutte se trouvait en personne dans l'église. En principe, ces honneurs n'appartenaient aux justiciers qu'autant qu'ils étaient fondateurs ou patrons des églises (Jacquet, *Des justices seigneuriales*, liv. I, ch. 23). Quoique le châtelain de Rosemont ne fût investi du droit de patronage que sur les églises de Giromagny, du Puy et de Rougegoutte, les curés d'Etueffont, de Chaux, de la Chapelle et de Banvillars se prêtaient sans difficulté et sans contestation à lui rendre les marques de déférence et de respect décrites plus haut. En un mot, le seigneur de Rosemont jouissait des droits honorifiques dans toutes les églises de la vallée (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 9 et 11).

3° Une autre prérogative du seigneur justicier, le signe le plus énergique de son autorité, c'était d'avoir château muni de ponts-levis, fossés, tours et autres fortifications (Loyseau, *Des seigneuries*, ch. 8, n° 98). Le seigneur du Rosemont en usa en construisant, dans le moyen âge, à une date inconnue, un fort caché dans l'un des sites les plus sauvages des Vosges, entre le village de Vescemont et la montagne de Sèves. Ce château est en ruine

depuis plus d'un siècle. On en voit encore aujourd'hui les vestiges. « La « tour domine le vallon à l'endroit où il se rétrécit le plus, et le rocher « saillant qui porte le château est tellement disposé pour le recevoir, qu'on « dirait que la nature elle-même les a identifiés. Ce rocher s'arrondit à sa « partie supérieure comme l'entre-dos d'une voûte, ses flancs paraissent « s'être couchés en lames saillantes comme les contre-forts d'un édifice. Il « ne reste plus guère au haut de la plate-forme qu'un pan de murailles « percé de deux fenêtres. Plus bas, sur un autre plateau, est un ouvrage « avancé qui s'est écroulé comme le reste. La montée est fort pénible sur « ces pierres éboulées et parmi ces ronces, seuls appuis que ce terrain mou- « vant permette à ceux qui viennent visiter ces ruines. » (De Golbéry, *Antiquités de l'Alsace*, I, p. 96 et 97. Voir en outre art. 47, note 36.) Les traditions populaires parlent d'antiques relations entre les châteaux de Rosemont, d'Auxelles et de Passavant et donnent à ce groupe de donjons féodaux la qualification de *châteaux des Trois Pucelles*. On ne sait le pourquoi de cette dénomination ironique, car les documents écrits l'ignorent. Mais on peut conjecturer qu'elle doit son origine à ce que ni les uns ni les autres n'ont jamais eu à soutenir le moindre siége.

4° Il faut enfin ranger parmi les droits honorifiques des hauts justiciers, celui d'avoir fourches patibulaires. Selon la dignité du titulaire dans la hiérarchie féodale, le nombre des piliers de son gibet augmente : quatre pour un baron ; neuf pour un comte provincial ; douze pour un duc. Ce dernier cas était celui du seigneur de Rosemont (ajouter la note 12).

(6) Il y avait dans le Rosemont, outre la haute justice, une basse justice siégeant à Rougegoutte. Vers le milieu du quinzième siècle, elle appartenait à Nicolas de Chaux. Un nommé Milandre, qui lui succéda, vendit sa part à Louis de Massevaux. A l'extinction de cette dernière famille, Henri de Reinach, seigneur de Roppe, en fut investi par l'archiduc Ferdinand. L'empereur Maximilien, en 1607, et le roi Louis XIV, en 1723, confirmèrent sa possession. En 1730, les de Reinach de Foussemagne, alliés par les femmes aux Reinach de Roppe, devinrent propriétaires de cette basse justice, et ils l'échangèrent, en 1781, aux Mazarin contre la justice d'Angeot (Archives du Haut-Rhin, C. 25, fonds du Domaine, carton 5, dossier N).

Le nombre des sujets de la basse justice de Rougegoutte varia naturellement avec le temps. En 1780, on en comptait 150, répartis de la façon suivante : 35 à Rougegoutte, 46 à Grosmagny, 35 à la Chapelle-sous-Chaux, 15 à Chaux, 2 à Eloye et 1 à Rièrevescemont (Archives du Haut-Rhin, fonds du Domaine, *loc. cit*).

Cette basse justice de Rougegoutte avait la compétence de toutes les autres basses justices. Elle porta ses appels en matière civile devant la justice seigneuriale du Rosemont, jusques en 1675, époque où le conseil souverain d'Alsace en connut directement et sans intermédiaire (Voir *Supra*, note 1. — Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 11).

Ses justiciables furent en tout temps traduits en première instance devant la haute justice du Rosemont pour les matières criminelles, pour les

causes ayant trait aux comptes des communautés et des fabriques, pour les mésus forestiers, pour les délits de chasse et de pêche, pour les faits de police ordinaire, en un mot pour tout ce qui était de la compétence de la haute justice (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 7 et 12).

J'ai mentionné dans la note 5 les droits honorifiques réservés dans les églises du Rosemont au bas justicier de Rougegoutte.

Voici maintenant l'énumération des droits utiles qu'il percevait sur ses sujets en cette qualité : 1° amendes ; — 2° tailles en argent ; — 3° taille en avoine ; — 4° corvées ; — 5° dîmes ; — 6° poules ; — 7° cens ; — 8° bois ; — 9° pâturages ; — 10° cours d'eau ; — 11° pêche ; — 12° chasse ; — 13° laudème au cinquantième denier sur les emphytéoses ; — 14° fal ; — 15° bourgeoisie ; — 16° cabarets ; — 17° boucherie. — Il prétendait encore, mais indûment, des droits utiles sur le sceau, l'étalonnage des poids ou mesures, et la glandée. — Le montant annuel de ces perceptions s'élevait vers 1780 de 3,345 à 4,545 livres tournois (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 3, et fonds du Domaine, carton 5, dossier N). Dans ce chiffre, la taille en argent figurait pour 25 livres tournois (anno 1747 : Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 3).

(7) Les appels doivent être jugés dans des délais certainement très-dignes de remarque, dans les quatorze jours par la justice seigneuriale de Chaux, et dans les quarante jours par le tribunal du château de Belfort (Urbaire de 1472. — *Revue d'Alsace*, 1860, p. 156). En vue de cette prompte expédition des affaires, Mathieu Ier de Lorraine avait même refusé tout émolument au juge qui, dans les vingt-six jours, n'aurait pas statué sur la litispendance (Bournon, *Extrait des Coupures*, p. 35).

(8) Sur la procédure par défaut en matière civile, mêmes règles dans l'Urbaire de Belfort (*Revue d'Alsace*, 1860, p. 162) que dans notre Coutumier.

(9) Tout ce chapitre, à l'exception de l'article 14, a son analogue dans l'Urbaire de Belfort (*Revue d'Alsace*, 1860). A Montbéliard, on retrouve pour les anciens temps, des juridictions qui, en matière civile et criminelle, sont organisées de la même façon que dans le Rosemont (Voir Duvernoy, *Ephémérides de Montbéliard*, p. 356) : ce qui permet de conjecturer que les institutions de ces différentes localités ont eu le même auteur commun Renault de Montbéliard.

(10) L'appel en matière criminelle demeura inconnu dans le Rosemont jusques en 1657. La justice locale fut donc pendant des siècles maîtresse absolue, suivant l'usage général de l'Alsace, de statuer en dernière analyse sur les questions intéressant la vie et l'honneur des sujets. Le droit de grâce put seul modifier ses décisions souveraines. En général, les seigneurs hauts justiciers se l'étaient arrogé : maîtres d'exécuter sur-le-champ un arrêt de mort, maîtres aussi ils étaient d'en suspendre l'effet. Notre Coutumier crée une exception à ce principe féodal en réservant exclusivement à l'Empereur cette douce prérogative de la grâce. Charlemagne avait écrit ;

« *Postquam scabini dijudicaverint, non est licentia comitis vel vicarii reo* « *vitam concedere* » (Baluze, Capit. I, p. 509), et par son capitulaire de 809 (ch. 30 et 31, Baluze, I, p. 467 et 468) il avait réglé les effets de ce privilége du prince. Les archiducs d'Autriche, en maintenant à l'Empereur dans leur terre du Rosemont le droit exclusif de gracier les coupables, ne faisaient que continuer une tradition carlovingienne empruntée elle-même aux lois romaines.

(11) En sa qualité de haut justicier, le seigneur de Rosemont possédait un signe patibulaire que les sujets de la basse justice de Rougegoutte contribuaient à édifier et à entretenir concurrement avec ses vassaux (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 93).

Le maître des hautes œuvres du Rosemont jouissait, indépendamment du salaire fixé pour chaque exécution, d'un fief appelé DROIT DE RIFLERIE. Ce droit consistait à abattre et à dépouiller dans toute l'étendue du district les animaux morts, malades ou hors de service (Ord. d'Alsace, II, p. 399). Je serais disposé à croire qu'il avait encore les droits de *havage* et de *vidange*, quoique je n'aie point trouvé la preuve de l'existence de ces bénéfices.

(12) L'Urbaire de Belfort renferme la même disposition que le Coutumier de Rosemont et il explique qu'il n'y a point d'extradition obligée des coupables, « *parce que la justice est haute justice de prince.* »

(13) On suivait, dans le val de Rosemont, sous la domination autrichienne, la législation criminelle des ordonnances impériales. Elle est résumée pour les temps anciens par le Miroir de Souabe (M. Réville, *Coup d'œil sur l'ancien droit pénal alsacien*, dans la *Revue d'Alsace*, 1857, p. 224). A partir de 1523, elle fut remplacée par l'ordonnance de Charles-Quint, dite *la Caroline* (Wætcher, *la Caroline et ses sources*). Indépendamment de ces codes généraux, il existait un grand nombre d'édits ou mandements spéciaux émanant soit des archiducs, soit des régences d'Ensisheim et d'Insprück. Nous citerons particulièrement les défenses adressées aux Rosemontois — de blasphémer Dieu, la Vierge et les saints, — d'embrasser l'hérésie, — de parler mal des sacrements de l'Eglise, — de s'absenter de la messe paroissiale les dimanches et fêtes sans cause légitime, — de boire et fréquenter les cabarets pendant le service divin, — de faire de la musique pendant la messe, les vêpres et le *salve*, les jours de dimanche et de fête et pendant qu'on portait le viatique aux malades, — de s'enivrer, — de noctivager, — de pousser des cris et proférer des huées dans les rues, — de donner refuge aux vagabonds, — de rendre aucun service aux juifs le jour du sabbat, — de prendre ou de retenir des domestiques sans les avoir présentés au magistrat, — de se livrer à l'usure et de prendre un intérêt supérieur à cinq pour cent, — d'avoir des relations commerciales avec les villes protestantes, — de cartonner les livres protestants, — de souffrir l'habitation des protestants dans leur territoire. — Il était interdit aux cabaretiers de donner du vin après neuf heures du soir, de servir à boire et à manger les jours de fêtes solennelles, excepté aux

passans et aux étrangers. — Le magistrat devait bannir les adultères repris pour la troisième fois et confisquer les capitaux prêtés à usure (Archives du Haut-Rhin, C. 177, 108, 109, 113, 912 et 1114. — Fonds Mazarin, L. 89). Le lecteur pourra encore relever, dans le cours de ce travail, d'autres ordonnances prohibitives et pénales. — Après la prise de possession du Rosemont par le cardinal de Mazarin, on n'appliqua plus dans la vallée d'autres lois criminelles que celles de la France (Ord. d'Alsace, I, p. 57).

(14) Ici commence dans la coutume la série si nombreuse des DROITS UTILES de la seigneurie de Rosemont. Ces droits utiles forment le troisième attribut de sa haute justice. « Les feudistes, dit Loyseau (*Des seigneuries*, ch. 3), les ont ramassés dans le titre *Quæ sunt Regalia*, *tenant une proposition qui va bien loin, que tout ce qui est public ou qui n'appartient à personne, doit appartenir au prince souverain : d'autant*, disent-ils, *que ce que les Romains appelaient* PUBLICUM QUASI POPULICUM, *était ce qui appartenait au peuple par devers lequel résidait la souveraineté, et par conséquent qu'ès Etats monarchiques, tout cela doit appartenir au monarque,* CUI POPULUS OMNE JUS SUUM TRANSTULIT. *Aussi les princes souverains soutiennent communément que tout ce qui n'appartient à personne doit leur être estimé propre par le moyen de leur seigneurie universelle : de sorte que des cinq sortes de choses rapportées au titre* DE RERUM DIVISIONE, *ils s'en sont attribué communément les quatre,* NIMIRUM COMMUNES, PUBLICAS, UNIVERSITATIS ET NULLIUS, *et n'ont laissé aux particuliers que la cinquième espèce, à savoir :* RES SINGULORUM. *Tout cela néanmoins ne s'est pas passé sans contredit, car d'une part les communautés des peuples prétendent la plupart de ces choses, sinon en propriété au moins quant à l'usage qui en appartient à chacun du peuple. Mais la plus forte contradiction a été de la part des seigneurs justiciers auxquels la seigneurie du lieu, subalterne véritablement, mais immédiate, a été laissée. Car ils soutiennent que celle-là n'appartient à aucun. Et de là sont provenus de grands différends et en grand nombre... Mais à la faute de les avoir pu régler par la raison, on les a laissé établir par la force et par l'usurpation, et chacun en a pris par où il a pu, de sorte qu'aujourd'hui on les termine par la possession et l'usage. Et pour ce que la possession ne peut être uniforme partout, de là vient la variété des coutumes.* » Donc, en présence d'usages dissemblables, il importe de fixer la consistance et la nature exacte de ceux du Rosemont. Quelques-uns de ces profits de la haute justice, réglés d'abord par la coutume, ont été modifiés par des actes subséquents ; d'autres ont leur source dans des titres particuliers. Nous les réunirons tous dans un relevé aussi méthodique que possible, en donnant quelques détails sur ceux qui n'appelleront point des notes spéciales au cours de cette étude.

1° AMENDES. — Voir notes 15, 16 et 17, et *Liber feudorum*, lib. II, tit. LVI.

2° CONFISCATION. — Voir note 18.

3° TAILLE. — Voir note 27.

4° CORVÉES. — Voir note 25.

5° SERVICE MILITAIRE. — Voir note 24.

6° GARDE DU CHATEAU. — Voir note 26.

7° Dîmes. — Voir note 30.

8° Cens foncier. — Voir articles 30, 35, 42 et 43 du Coutumier de Rosemont.

9° Redevances forestières. — Voir note 20.

10° Poules. — Voir articles 30 et 33 du Coutumier.

11° Terres incultes et vagues. — Voir Loyseau, *Des seigneuries*, ch. 12, n° 111; art. 24 du Coutumier, et *infrà* note 23.

12° Terres abandonnées. — Voir Chopin, *Du domaine*, liv. III, tit. XVIII.

13° Forêts et paturages laissés en commun. — Voir *Coutumes d'Orbey*, p. 35, note 32, et note 20 *infrà*.

14° Eaux courantes. — Voir notes 35 et 39.

15° Pêche. — Voir notes 44 et 45.

16° Chasse. — Voir notes 44 et 45.

17° Epaves. — Voir note 23 et *Liber feudorum*, lib. II, tit. LVI.

18° Trésor. — Voir note 23.

19° Mines. — Voir note 23.

20° Deshérence. — La succession d'un sujet décédé sans laisser aucun héritier appartient au seigneur (Archives du Haut-Rhin, C. 44, et fonds Mazarin, L. 11).

21° Aubaine. — (Sur les origines de ce droit, voir *Coutumes d'Orbey*, p. 38, note 46.) Quand des étrangers à la seigneurie du Rosemont s'établissent dans son territoire et meurent sans enfants ou sans parents naturalisés sujets, le haut justicier reste par droit d'aubaine maître de leurs biens situés dans son domaine (Archives du Haut-Rhin, C. 46, et Arrêts notables, III, p. 15). A l'étranger, les Rosemontois étaient traités de la même manière. — Le droit réciproque d'aubaine fut aboli à des époques différentes par plusieurs souverains limitrophes de l'Alsace. Baillet donne dans ses *Conférences* (p. 595 et 600) une liste complète de ces conventions internationales.

22° Succession des bâtards. — Le bâtard, l'homme sans famille, est assimilé à l'étranger, et le seigneur du Rosemont prend l'héritage du bâtard qui, né et domicilié en sa terre, y meurt (Archives du Haut-Rhin, C. 46, et fonds Mazarin, L. 11 et 12).

23° Détraction ou Florin d'héritance (*Erbsgulden*). — Chaque étranger à la seigneurie qui recueille tout ou partie de la succession d'un parent décédé sujet de la justice, paye un florin pour pouvoir transporter au dehors son héritage. Cette redevance s'acquitte dans le Rosemont réciproquement de la haute à la basse justice et de la basse à la haute justice (Archives du Haut-Rhin, C. 46. — Fonds Mazarin, L. 1, 14 à 18 et 89).

A propos de l'*Erbsgulden*, je noterai le privilége important dont étaient investis les Rosemontois. On sait que, d'après le droit commun de l'Alsace, tout individu, quittant une seigneurie pour s'établir dans une autre, doit l'*abzug* ou droit d'émigration (Ord. d'Alsace, II, p. 487, 532, 543 et 544). Les gens du Rosemont ne le payent pas plus en pareil cas que les gens de Belfort, lesquels avaient été exonérés de cette contribution par Renauld de Montbéliard en 1307 (*Revue d'Alsace*, 1864, p. 533).

« Après si les bourgeoys ou bourgeoisse des dits lyeus (Belfort) et des

« habitans qui y sont et que doresnavant y seront allaient estre ou de-
« mourer fuer des dits lyeux doybt havoir et tenir franchement leurs hé-
« ritayges et leurs meubles et leur maix et les appendens et tous leurs
« biens, quelque comme ils furent doit aller ou ilz demeureront, sauff que
« ilz ne pourront fayre seigneur du roy de Allemaigne de d'ung duc de
« Hosterriche de leurs hoyrs ne de leurs successeurs ne de aultre home
« d'Allemaigne ne à dit roy ne à dit duc ne à leurs successeurs ou à leurs
« gens vendre ne aliéner leur héritayge, mais en tout aultre manière ilz
« peuvent fayre seigneur de eulz selon leur plaisir et tenir les biens tant
« franchement vendre et aliéner, doner et faire leur voluntez. Et sy aucun
« bourgeoys ou bourgeoisse et des habyttans des dits lyeus s'en voullait
« aller dutout et partyr de la franchise, il peut vendre, donner, engaiger et
« aliéner son héritayge et son bien selon la forme dessus contenue quelque
« part qu'il fut, et doyt prendre congié s'il luy plaist à seigneur ou mayre
« du lyeu et le seigneur des dits lyeus de Belfort quelque il fut ou son
« commandant doit conduire luy et ses choses quelque part qu'ils voudront
« aller une nuict et ung jour. » Le Rosemont jouissait, quant au droit d'é-migration, de la même immunité que Belfort. En faut-il faire honneur à Renauld? Faut-il au contraire l'attribuer à l'archiduc Léopold? Je ne déciderai point. Ce qu'il y a de certain, c'est qu'elle est très-ancienne. L'archiduc Sigismond la reconnut en 1467 (Schœpflin, *Alsat. Dipl.* II, p. 402, voir *suprà*), et l'archiduc Ferdinand répétait en 1570 ces paroles mémorables : « *Les gens du Rosemont sont libres d'émigrer. Ils peuvent aller hors « du pays où ils veulent sans payer aucune redevance ou contribution.* » (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 66.) Si nette et si précise que fût cette déclaration, la Chambre d'Ensisheim l'oublia un jour (en 1593) et voulut percevoir l'*abzug* sur un Rosemontois émigrant. Le grand bailli de Belfort protesta contre cette violation d'un antique privilége; et il ne paraît pas que cette liberté ait jamais été méconnue par la suite (Archives du Haut-Rhin, C. 46). Mais tout en conservant la faculté de s'établir dans un autre bailliage, par exemple d'aller se fixer dans le Brisgau ou la forêt Noire, les sujets du Rosemont restaient soumis dans leur ancienne résidence et envers leur seigneur originaire aux charges ordinaires de l'année, telles que la taille, les corvées, les poules de carnaval et d'automne (Rescrit de Ferdinand en 1584. Archives du Haut-Rhin, C. 588).

24° Laudème. — Droit perçu par la seigneurie en cas de mutation des héritages par vente.

25° Tiers denier. — Autre droit de mutation touché dans la seule mairie d'Etuffont, quand les sujets de la haute justice vendent des biens-fonds à des individus non justiciables de la haute justice. Il n'est exigible que lorsque le vendeur n'a pas, dans les sept jours et sept nuits suivant le contrat, opéré le retrait des biens vendus (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 12).

26° Phall. — Autre droit de mutation, mais cette fois après décès, et pesant uniquement sur des sujets échangés avec MM. de Reinach-Hirtzbach. Ces sujets tenaient en emphytéose perpétuel, moyennant un canon, des terres originairement seigneuriales. Quand le tenancier mourait, son

héritier, après avoir choisi la meilleure pièce du ménage, laissait le seigneur prendre la seconde, ou il lui payait en place de ce meuble 6 sols et 8 deniers (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 44).

27° SCEAU ET TABELLIONNAGE. — Le comte de Belfort, seigneur du Rosemont, créa à Belfort, pour les quatre districts de son comté, un tabellion général avec privilége exclusif d'office. Cette mesure, dont le but fiscal gênait dans une certaine mesure la liberté des transactions et imposait aux parties bon gré mal gré un notaire déterminé, déplut toujours beaucoup aux gens de la vallée. Ils ne se conformèrent à cette ordonnance qu'avec une peine extrême, malgré les avis réitérés de la Chambre d'Ensisheim. Pour en finir avec leur résistance, l'archiduc Ferdinand édicta, le 14 novembre 1592, une amende contre ceux qui passeraient des actes ailleurs qu'au tabellionné de Belfort, et en outre la nullité des contrats dressés dans ces conditions. Sous les Mazarin, les Rosemontois essayèrent de nouveau et à plusieurs reprises de se soustraire au tabellionné de Belfort : mais ils virent leurs écarts constamment réprimés par la justice, sans qu'ils aient pu, par leurs instances de 1742, obtenir même un simple allégement aux rigueurs du tarif en matière d'échange. Il fallut donc subir et le notaire seigneurial et les émoluments qu'il était autorisé à toucher. Or, pour tous contrats de vente d'héritages, échanges, gages, constitutions de rente et autres actes portant translation de propriété immobilière, ou acquisitions de rentes perpétuelles, quoique rachetables, la minute se payait 10 sols balois pour les dix premières livres, et 4 deniers par livre pour le surplus à quelque taux qu'il s'élevât, enfin 5 ou 6 sols (8 deniers tournois) pour l'apposition du scel aux grosses des contrats. A l'égard des échanges, le droit ci-dessus indiqué se prélevait sur les héritages donnés et en échange et en contre-échange. — Tous les contrats personnels, baux à ferme, conventions et marchés, traités et sociétés, donations à cause de mort, testaments, codiciles, traités de mariage et tous autres contrats nommés ou innomés, se payaient proportionnellement au travail des minutes et des expéditions. Dans le cas où les sujets du Rosemont avaient passé, par-devant des notaires royaux ou autres tabellions étrangers à la seigneurie, des contrats réels portant translation de propriété quant à des immeubles situés dans le territoire de la seigneurie, ils devaient, dans les trois mois, remettre la minute au tabellion de Belfort pour en délivrer les grosses, et percevoir les droits de sceau et de tabellionnage, sous peine d'être contraints à cette remise par une saisie des biens-fonds (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 11, 12, 14 à 18 et 60). Voir au surplus la note 17 pour ce qui regarde le scel apposé aux actes de l'ordre purement judiciaire.

28° RÉCEPTION DE SERMENT. — Voir note 17.

29° BOURGEOISIE. — Voir notes 3 et 17.

30° CABARETS. — Voir notes 3 et 17.

31° FÊTES ET DANSES. — Voir notes 3 et 17.

32° RECRI DES FOIRES. — Voir note 17.

33° ETALONNAGE DES POIDS ET MESURES. — Sous peine d'une amende de 10 livres baloises et de faux s'il y a lieu, tout commerçant doit se servir

d'instruments de pesage et de mesurage contrôlés par les officiers de la seigneurie. L'étalonnage s'opère sur les matrices du Rosemont, excepté dans les mairies d'Argiésans et de Vézelois où la mesure des grains est réglée par le type de Belfort, excepté encore dans la mairie d'Etuffont où les poids et mesures sont réglés par les types de Rougemont. Le poinçonnage se paye à la seigneurie, suivant le tarif rapporté dans la note 17. Quand, à la suite des arrêts des 19 septembre 1729 et 22 mars 1789, le bailli de Rosemont remplaça pour cette opération le maire d'Etuffont, il continua à percevoir dans cette communauté les quatre pots de vin, mesure de Rougemont que touchait son prédécesseur (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 11 et 17).

34° Sel. — Les Rosemontois s'approvisionnaient de sel à Belfort en vertu de l'ordonnance rendue en 1450 par l'archiduc Albert (Archives du Haut-Rhin, C. 588).

35° Boucherie. — Voir note 38.

36° Banvin. — Voir note 41.

37° Umgeld. — Voir note 42.

38° Moulin banal. — Voir notes 34, 35 et 39.

39° Eminage (Phanne) ou droit du vingtième de la quarte perçu au profit de la seigneurie sur tous les grains et légumes qui se vendent aux marchés et foires de Giromagny et de Belfort. A l'exception des sujets des mairies d'Argiésans et de Vézelois, qui étaient tenus à l'éminage des halles de Belfort, tous les autres vassaux du haut Rosemont étaient en dernier lieu obligés à l'éminage des halles de Giromagny. Sous peine de confiscation et d'amende, il fallait porter et vendre les denrées aux marchés indiqués. Tout naturellement on fraudа le plus possible le droit du fisc seigneurial. Ni les sévérités des régences d'Insprück et d'Ensisheim, ni de nombreuses poursuites, ni l'aggravation de l'amende élevée en 1723 de 500 à 1,000 livres, n'arrêtèrent les ventes de denrées en cachette et à domicile. Cette résistance prolongée indique assez le caractère anti-économique de l'éminage. C'était en réalité l'acheteur qui supportait le vingtième par une hausse proportionnée de la marchandise. L'intérêt du consommateur était donc lésé par ce profit de la caisse seigneuriale. A plusieurs reprises notamment en 1627 et 1629, les officiers des mines, organes de leurs ouvriers, sollicitèrent en conséquence l'abolition du droit d'eminage contre lequel les autres habitants du Rosemont ne cessèrent de protester jusques à la révolution (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 7, 11, 12, 14 à 18 et 79. — Ord. d'Alsace, I, 589). Les habitants de la mairie d'Etuffont prétendaient n'être sujets à l'éminage ni des halles de Giromagny, ni des halles de Belfort (Requête du 24 mars 1749. — Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 7).

40° Péages et menues ventes. — Voir note 43 et *Liber feudorum*, lib. II, tit. LVI.

41° Chatrerie. — La seigneurie établit, moyennant finance, des agents jurés qui procèdent à la castration des animaux dans toute l'étendue du Rosemont suivant des prix déterminés par un tarif (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 11).

42° GUENILLES. — Il était défendu, sous peine d'amende et de confiscation, dans le territoire de la haute et même de la basse justice, de vendre à d'autres qu'aux préposés de la seigneurie les chiffons et guenilles dont elle avait besoin pour alimenter les papeteries.

Quand, au cours du dix-huitième siècle, les populations invoquèrent la *liberté de l'industrie et du commerce* pour faire tomber les deux droits banaux précédents, le seigneur opposa à ces *nouveautés* la possession immémoriale et surtout sa qualité de haut justicier (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 11 et 12).

Le montant de ces droits utiles de la haute justice du Rosemont s'éleva, non compris les produits des mines, en 1786, à 11,550 livres tournois, et en 1791, sous l'administration du domaine, à 25,058 livres (Archives du Haut-Rhin, fonds du Domaine, carton 4, dossier J).

Je dois rappeler en terminant que les droits utiles étaient dans le commerce, et que leurs propriétaires en faisaient l'objet des transactions les plus variées par la concession en fief de telle ou telle redevance seigneuriale ou même de l'ensemble de toutes les redevances. J'ai noté dans l'introduction historique les différents contrats de ce genre passés par le seigneur de Rosemont.

(15) Le taux des grandes et petites amendes est le même dans les lettres de franchises accordées à Montbéliard et à Belfort, seulement les sols balois sont remplacés par des sols estevenants. Des ordonnances postérieures à la rédaction du coutumier édictèrent des peines pécuniaires supérieures au maximum qu'il détermine : ainsi on encourait une amende de 10 livres baloises ou 200 sols balois pour défaut d'étalonnage des poids et mesures, pour ouverture non autorisée d'un cabaret ou d'une boucherie particulière, pour réception d'étrangers dans son domicile sans avis au lieutenant, etc. — Dans les derniers temps le bas justicier de Rougegoutte percevait des amendes jusques à 4 livres 16 sols tournois : il prétendait avoir droit d'en prononcer jusques à 100 livres et même d'arbitraires. Le seigneur haut justicier du Rosemont, tout en attaquant cette prétention, suivait les mêmes errements à cause des avantages qu'en retirait son fisc. Et sans tenir le moindre compte des plaintes de ses vassaux réclamant un retour aux pénalités primitives de la coutume, « il touchait « toutes les amendes grosses ou petites, à quelque somme elles puissent « monter, et pour quelque cause elles puissent être prononcées, fût-ce « même à l'arbitraire du juge. » (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 11, 12 et 93.)

(16) Dans les mairies d'Etuffont, de Vézelois et d'Argiésans, les amendes dites *gageales*, prononcées pour dommages ruraux, appartiennent exceptionnellement de toute ancienneté aux communautés et non au seigneur du Rosemont (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 11, 12 et 93).

(17) Les officiers romains recevaient pour émoluments une partie de l'impôt en nature (Code Just., lib. I, tit. LII, l. 1.). Sous la domination des Mérovingiens et des Carlovingiens, les profits réguliers des comtes,

ducs et autres *judices* consistaient également dans une portion des produits fiscaux (*Capit Caroli. Magni*, lex Long. 128). Les coutumes locales diversifièrent la rénumération du *judex*. Celui-ci devait toujours la prélever sur le montant de l'amende, et quand les biens du condamné étaient insuffisants pour l'acquitter, il avait à remplir une procédure curieuse que le Miroir de Souabe retrace avec détail. (Otto Frisingensis, *Vita Frederici I.* —Miroir de Souabe, 1re partie, chap. XII, § 5, XV, LXXV, § 25, XCVI, § 2, CXIII, § 3, CXXXI.) Notre article conforme à l'urbaire de Belfort (*Revue d'Alsace*, 1860, p. 162) n'est donc que l'application d'un principe ancien et général.

D'après un tarif sans date, mais qui, à en juger par l'écriture, doit être du dix-septième siècle, voici quels étaient les droits des officiers de la seigneurie du Rosemont pour leurs salaires et vacations de justice :

1° Inventaire et reddition d'un compte soit d'hoirie, soit de la tutelle, au bailli, un quartal de vin ou 1 florin balois avec ses dépens ; à la justice, un quartal également ; au greffier, 15 sols balois, plus ou moins suivant le mérite du fait.

2° Institution ou remplacement d'un tuteur, au bailli, un quartal avec ses dépens.

3° Apposition de scellé, rapport de visite et réception de caution ne se pratiquent point dans le Rosemont.

4° Audition de témoins produits devant le bailli tant en justice civile que criminelle, par chaque témoin : au bailli, 4 sols balois ; au greffier, 16 rappes ; et au maire qui les assigne dans sa localité, 4 deniers, et hors de sa localité, 8 deniers.

5° Décret de prise de corps : au bailli, la journée, s'il se transporte hors du lieu, la journée fixée à 2 livres tournois avec dépens ; au greffier, selon la matière des écritures et sans règle fixe.

6° Interrogatoire, au greffier selon la matière des écritures et point de règle fixe.

7° Déclaration de dépens, point de règle fixe.

8° Enregistrement d'une cause, 16 rappes.

9° Confection d'une requête par écrit, 5 sols ou plus, suivant le mérite de l'acte.

10° Vacation et comparution aux procès-verbaux où il y a assistance, exploits, assignations, actes d'offres et autres semblables, commandements et saisies mobilières, point de règle fixe.

11° Emprisonnement, 5 sols pour le maire ou le sergent qui emprisonne.

12° Saisie réelle de maison ou autre héritage : au bailli, demi-florin, et au maire qui notifie, 5 sols balois.

13° Criées (les quatre) d'un procès-verbal, 5 sols balois par chaque criée.

14° Libellé de simple transport de créance obligatoire, 5 sols balois.

15° Bail à loyer, 5 sols plus ou moins, selon le besogné.

16° Ratifications, 5 sols balois.

17° Scel des sentences, décrets et ordonnances, au bailli 5 sols.

Et pour tous les autres droits de justice, quand il y a plainte et amende

ordinaire de 72 sols et jugement, le seigneur a 55 sols; la partie demanderesse, si elle gagne, 12 sols, et le reste advient aux juges. Le bailli a 4 sols pour un défaut, 3 sols aux juges d'une petite amende où il n'y a point de plainte et demande faite, et 4 au bailli; les juges, 6 sols pour une sentence, et les procureurs chacun 8 rappes par parties chacune journée; si on lève décret ou passé-mont, le bailli a 1 quartal, et la justice 1; pour un appel de même avec les dépens dudit bailli, trois juges et le greffier qui a ses écritures suivant le mérite du fait et la quantité d'écritures (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 60).

On remarquera que dans ce tarif le scel des sentences est d'un prix supérieur à celui fixé par l'article 16 de la coutume. (Sur la nécessité de l'apposition du sceau du lieutenant pour rendre les jugements exécutoires, cf. Loyseau, *Des offices*, liv. II, chap. III et IV.)

Le terrier dressé en 1742 indique que le bailli du Rosemont touchait encore les émoluments suivants :

1° Une gerbe de chaque feu au temps de la moisson (Voir *infra*, art. 47);

2° Une gerbe des sujets directement justiciables à Belfort, au temps de la moisson;

3° Un florin de chaque nouveau bourgeois prêtant serment, alors même qu'il entrait dans une communauté des basses justices;

4° Un florin pour permettre les danses et jeux publics aux jours de dédicace ou aux fêtes annuelles des villages du Rosemont;

5° Un florin de chaque nouveau cabaretier pour lui accorder le droit de vendre du vin et de prendre enseigne;

6° Neuf sols tournois ou quatre batz des marchands vendant au poids ou à l'aune; 6 sols 8 deniers des meuniers; 4 sols 6 deniers des boulangers; un batz des marchands étrangers fréquentant la foire ou le marché de Giromagny; un verre de chaque colporteur vendant gobeleterie, pour assister à l'étalonnage de leurs poids et mesures par les taxeurs jurés du val de Rosemont;

7° Un florin pour la réception du serment des décimaires ou de leurs préposés;

8° Six livres pour le recri des foires de Giromagny, quand il en est requis;

9° Annuellement douze langues de bœuf du fermier de la boucherie de Giromagny (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 11).

(18) L'amende et la confiscation sont les châtiments du crime : la première s'exécute sur les meubles du condamné, et la seconde sur les immeubles. Le justicier puise dans la loi et le délit son droit d'appropriation des uns et des autres comme fruit de sa juridiction. De là l'axiome coutumier : *Qui confisque le corps, confisque les biens.* S'il n'y a rien à dire contre la confiscation lorsqu'elle atteint un coupable sans famille, il n'en est plus de même lorsqu'elle englobe dans l'imputabilité pénale une femme et des enfants. C'est faire porter à des innocents la faute d'un père et d'un mari : c'est de l'injustice, et une odieuse injustice, que les césars romains autorisèrent pendant longtemps en multipliant à l'excès les cas de con-

fiscation. Adrien, Valentinien et Théodose, ainsi que Justinien, l'arrêtèrent. Les premiers décrétèrent la remise des biens du condamné à ses enfants, et Justinien en 535 abolit la confiscation pour tous les crimes excepté pour félonie et lèse-majesté. L'Alsace accueillit et garda ce bienfait de la novelle 17. On trouve en effet dans différents passages du Miroir de Souabe (1re partie, chap. CLI, CCCXIII et CCCXVII, édit. Senckenberg) la preuve que, dès le treizième siècle, notre province suivait en cette matière la doctrine romaine. Quand il y a condamnation à la mort naturelle ou civile, confiscation n'a lieu en présence d'héritiers légitimes, voilà ce que dit l'article 18 de notre Coutumier, et ce que répétera plus tard le conseil souverain d'Alsace, fidèle à la législation justinienne (Ordonn. d'Alsace, I, p. 535). Nos usages relativement aux droits de la femme sur ses propres et sur les acquêts de communauté étaient aussi et par conséquent très-différents de ceux qu'on suivait dans une partie de la France coutumière. Bien avant que les énergiques réclamations de Dumoulin (sur les articles 12 de Vermandois et 176 d'Orléans) eussent fait participer la femme à la communauté en cas de condamnation du mari pour crime, les Alsaciennes jouissaient de ce privilége. On en trouve la preuve dans l'urbaire de Belfort (*Revue d'Alsace*, 1860, p. 168), dans la constitution du Haigau (Jarspruch de 1490, art. 10, Archives du Bas-Rhin, E. 1844[1]), dans l'article 19 de notre Coutumier, et dans le droit strasbourgeois (Artopœus, *De restitutione bonorum*, C. 5, § 1, et Wieger, *De acquestu conjugali*, § 53). Jamais non plus elles ne virent leurs propres apports ou héritages entamés par la confiscation prononcée contre leur époux. Pour que le haut justicier du Rosemont profite de la confiscation, il faut, outre les deux précédentes conditions, que le condamné possède des immeubles situés dans le territoire de sa justice. Il s'en empare, alors même qu'il est resté totalement étranger au jugement de condamnation. Cette règle a été proclamée en 1584 par un arrêté spécial de la Chambre d'Ensisheim (Archives du Haut-Rhin, C. 34). Elle est écrite dans un grand nombre d'autres coutumes, et sa bizarrerie a motivé les observations suivantes du célèbre feudiste Henrion de Pansey (Analyse de Dumoulin, p. 522) : « La « confiscation est un droit de justice, disent les auteurs ; cependant « elle ne suit pas la justice, mais le territoire ; en sorte que celui qui « fait le procès, comme le remarque très-bien Loyseau, est souvent « celui qui prend le moins en confiscation, les immeubles condamnés ap« partenant indistinctement à celui dans la justice duquel ils sont situés. « Cet usage ne présente-t-il pas une espèce d'inconséquence? En effet, si « la confiscation est un fruit de la justice, pourquoi ne la donne-t-on pas « à celui qui la rend ? Si les biens d'un condamné doivent appartenir à la « justice, ce ne peut être que comme une espèce d'indemnité, de com« pensation des frais que le procès a occasionnés ; c'est donc à celui qui a « fait le procès que les biens doivent appartenir. »

[1] Ce Jarspruch porte : « Si une personne est condamnée à mort, les biens meubles reviendront au seigneur du Haigau, et les immeubles aux plus proches héritiers. Cependant, la femme du coupable conserve sa part, c'est-à-dire le tiers des meubles. » D'après le Landrecht alsacien, la femme ne reçoit qu'un tiers de la communauté ; les deux autres tiers sont attribués au mari. »

(19) *Contregarder son honneur et son serment*. Dans la langue juridique le mot HONNEUR, *honos, ehre*, a des significations multiples. Il exprime tantôt les fonctions, tantôt le bénéfice de la charge, tantôt l'impôt lui-même, d'autres fois l'objet ou le lieu de l'impôt, enfin le fief lui-même (Ducange, v° *Honos*). Ce dernier sens me paraît être celui de notre article. Honneur caractérise ici les rapports du sujet à son seigneur, le lien moral et juridique qui les unit, le serment de fidélité qui les lie l'un à l'autre. En cas de manquement à son serment, le sujet peut être poursuivi comme parjure, car le serment n'intervient qu'après certaines solennités. En effet tout aspirant à la bourgeoisie dans une des communautés du Rosemont dépose au greffe seigneurial, avec sa demande, ses lettres de nativité et de franche condition. Le bailli ouvre sur sa vie, ses mœurs et sa religion une enquête dans laquelle la communauté donne ses observations et avis par l'organe d'un délégué spécial. Après quoi seulement l'impétrant est admis à jurer fidélité. Ces formalités, dont un procès-verbal constate l'accomplissement, ne s'opèrent que moyennant une double finance payée par le récipiendaire et à la seigneurie et à la communauté. La finance seigneuriale est dans le Rosemont au taux fixe de 1 florin. La finance communale varie au contraire beaucoup selon les temps, les lieux et les individus : le plus généralement une convention en détermine le chiffre; et en cas de désaccord et de difficulté, le juge l'arbitre. En 1608, Pierrot Lamedenotte fut reçu bourgeois d'Anjoutey en payant à la fabrique de cette paroisse une livre de cire, et à la communauté une sirelet de cuir bouilli. D'ordinaire la valeur de la finance communale flotte de 1 à 4 florins. Dans certaines localités elle est fixe et immuable : ainsi 4 livres à Evette, et 150 à Bourg. A Bourg, l'élu fournit en outre les agrès nécessaires pour éteindre l'incendie et à chacun de ses cobourgeois, avec un pot de vin, 2 sols de pain (31 mai 1784; Règlement de l'intendance d'Alsace). Les règles précédentes ne concernent que les forains et leur admission à la bourgeoisie. Les fils des bourgeois devenant eux-mêmes bourgeois en Rosemont sont traités avec plus de faveur et d'indulgence. Ainsi à Bourg les fils payent pour finance communale 7 livres 7 sous, et les filles 3 livres 13 sous et 6 deniers. Ainsi encore dans les mairies d'Etuffont, d'Argiésans et de Méroux, les fils des bourgeois reçus bourgeois n'acquittent ni droit d'entrée seigneurial, ni droit d'entrée communal. (Cf. Coutumes d'Orbey, p. 31 et 38, notes 23, 46 et 47.) Pour cette réception des bourgeois, il faut, à peine de nullité et d'une amende de 10 livres baloises, le consentement de la seigneurie du Rosemont. Certains villages négligèrent de l'obtenir. Il s'ensuivit des abus et des discussions. Pour y mettre fin, le conseil souverain d'Alsace enjoignit (27 août 1750) aux maires de la vallée de ne plus se départir désormais de l'observation d'une prescription qui intéressait à la fois et le public et la seigneurie (Archives du Haut-Rhin, C. 1093, et fonds Mazarin, L. 11, 12 et 66).

(20) Les vastes et riches forêts du Rosemont appartinrent aux particuliers, aux villages et en presque totalité au seigneur.

Les coutumes qui les régirent primitivement rappellent, par leur ample étendue, l'antique communauté dont cette nature de propriété était l'objet

dans les lois barbares. (Cf. L. Rip., tit. LXXVI; — L. Burg. addit. 1, § 6; — les coutumes du val d'Orbey, notes 32, 34 et 44.) Elles attribuent en effet aux habitants la faculté de prendre, dans les forêts seigneuriales, le bois de chauffage (art. 33), de construction (art. 34, 38 et 39), de charronnage (art. 50), et de billonnage (art. 40 et 41; cf. L. Salic., tit. XXVII, § 18 et 19; L. Burg., tit. XXVIII), ainsi que d'en défricher des portions moyennant redevance annuelle (art. 42, 43 et 44). Cette coupe et enlèvement de bois doit s'opérer avec la permission des forestiers. En agissant clandestinement et à leur insu, le délinquant encourt les pénalités édictées par l'article 21 (cf. L. Salic., tit. VIII, § 4, et L. Rip., tit. LXXVI), et il n'y échappe que par l'accomplissement des curieuses prescriptions de l'article 22. (Voir *infrà*, note 21.)

Le Coutumier du Rosemont ne mentionne pas en faveur des gens de cette vallée le droit de pâturage et de glandée dans les forêts seigneuriales. Il est probable que l'élevage et le commerce des bestiaux étant leur principale industrie dès les plus anciens temps, ils l'avaient reçu de leur seigneur par sous-entendu ou par quelque acte postérieur (comme les Belfortains l'avaient obtenu de Renauld en 1307, *Revue d'Alsace*, 1864, p. 535), puisque je trouve que le 3 juillet 1518 un engagiste de cette seigneurie, Jean de Morimont, leur confirme la paisson des porcs moyennant 4 deniers balois par tête d'animal (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 13, 59 et 89). Ces droits forestiers, d'une étendue équivalant quasi à la propriété, n'avaient rien d'inusité en Alsace. Les habitants des vallées du Ban de la Roche, de Schirmeck, de Villé, d'Orbey, de Munster, de Lautenbach, de Saint-Amarin et de Massevaux en avaient de tout à fait pareils.

Ces concessions de Léopold au Rosemont furent jugées par l'archiduc Ferdinand une source de graves abus. Afin d'arrêter dans ses forêts les dommages dont il croyait avoir à se plaindre de la part de ses vassaux, il édicta, le 17 avril 1557, une organisation nouvelle, dont j'extrais par traduction les pénalités suivantes :

« 1° Quiconque coupera du bois dans nos forêts et lieux non marqués sans « le sçu et la permission du gruyer ou des forestiers, payera pour chaque « fonte abattue, jeune ou vieille, grande ou petite, quand elle est inutile « et ne porte pas fruit, une amende de deux livres baloises; et pour chaque « fonte utile et portant fruit, comme pommier, chêne, poirier, cerisier et « autre semblable, une amende de cinq livres baloises.

« 2° Quiconque coupera, abattra, détruira ou gâtera méchamment de « jeunes plans revenus dans les places essartées et nettoyées, payera de « même cinq livres d'amende. *En vertu des présentes, les villages et com-* « *munautés pourront couper du bois dans les forêts seigneuriales, quand ils* « *ont toujours joui du droit d'en couper pour l'entretien de leurs ménages,* « *mais aux lieux les moins dommageables, selon leurs nécessités et dans les* « *limites qui leur ont été marquées, sans que leurs privilèges reçoivent, sous* « *ce rapport, aucune atteinte.*

« 3° Quiconque aura abattu et coupé un plant ou bois à plus d'un pied « au-dessus du sol payera une livre d'amende.

« 4° Quiconque coupera et abattra du bois, et n'en ramassera pas diligemment les branches et rameaux, payera une livre d'amende.

« 5° Quiconque aura reçu de nos forestiers du bois propre à la construction, et l'aura coupé devra, dans le délai d'un an, l'employer à cet usage. Dans le cas contraire, il payera pour son châtiment par chaque pied d'arbre coupé, une amende de cinq livres, et rien de moins.

« 6° Il sera derechef obligé de mettre en œuvre le bois délivré dans l'année suivante; autrement, à l'expiration de l'année, le bois sera emporté par le forestier, qu'il soit à demi ou point du tout employé à la confection du bâtiment. Ce qui restera après la non-mise en œuvre sera vendu au profit du trésor archiducal.

« 7° Quiconque agira contre les prescriptions de l'ordonnance et fera des fagots avec de jeunes arbres ou des repousses, sera puni par chaque fois comme il est dit ci-dessus, ou selon la gravité du délit et préjudice.

« 8° Quiconque brûlera ou portera dommage par pure malice et négligence, sans aucune raison ou excuse, dans les forêts seigneuriales ou leurs environs, payera dix livres d'amende; toutefois, si la peine excède le dommage, elle sera taxée par le forestier. Et la peine sera fixée par lui sans aucune rémission, selon que le dommage aura été reconnu petit ou grand.

« 9° Quiconque contreviendra à la défense de couper et ébrancher arbres portant fruit et panage, sera puni d'une amende de trois livres.

« 10° Que personne ne mène ni ne conduise chèvres, moutons ou brebis dans les forêts seigneuriales et n'introduise l'autre bétail dans les haies, places ou autres lieux mis en défends, sous peine de cinq livres d'amende et autre peine s'il y a lieu, selon la gravité du délit et dommage.

« 11° Quiconque dressera sans nécessité une haie ou barre, la fera ou cordera avec de jeunes bois ou plants, sera puni suivant la gravité de son méfait et ainsi qu'il est dit dans l'article précédent.

« 12° Il est en outre défendu de couper ou faucher les herbes dans les forêts seigneuriales lorsque les jeunes bois commencent à repousser, sous telles peines que le forestier estimera équitables, et selon l'étendue de la place fauchée et coupée.

« 13° Il ne sera plus permis de faire du charbon dans les forêts seigneuriales, et le contrevenant à cette prohibition sera puni d'une amende de deux livres par chaque pied d'arbre inutile réduit en charbon, et d'une amende de cinq livres par chaque pied d'arbre utile et portant fruit.

« 14° Quiconque essartera ou fera essarter aux alentours des forêts seigneuriales, sans avoir préalablement prouvé que ce canton lui appartenait, sera puni selon la gravité de son méfait.

« 15° Que personne n'introduise dans le panage des pourceaux en nombre plus grand que celui fixé ou les nécessités de son ménage, et que le contrevenant paye à qui appartiendra la juste et loyale cense pour le surplus dudit panage, et à l'archiduc cinq schellings d'amende.

« 16° Il est défendu, sous peine de cinq livres d'amende, de recueillir aucun gland avant que les pourceaux soient retirés du panage, ou d'en abattre de dessus les chênes. Mais, après l'engrais et le retrait des pour-

« ceaux, il est permis à chacun d'en recueillir, pourvu qu'on en laisse suf-
« fisamment pour la reproduction des jeunes chênes, suivant ce qui est
« commandé ci-dessus.

« 17° Si quelque bourgeois ou habitant avait des serviteurs insolvables
« et incapables de satisfaire à l'amende et aux châtiments encourus, le
« maître payera l'amende afin qu'il prenne désormais soin d'envoyer à la
« forêt des domestiques plus soigneux.

« 18° Que tous les châtiments et peines encourus soient exactement et
« diligemment relevés et attribués au trésor seigneurial, et qu'il ne soit
« pardonné à personne. Si quelqu'un de nos sujets se plaint et contredit
« aux peines ci-dessus édictées, le prévôt forestier ou la régence d'Ensis-
« heim connaîtra de ces instances et les décidera. Les forestiers recouvre-
« ront les amendes sur nos sujets.

« 19° Si, par hasard, des dommages autres que ceux ci-dessus énoncés
« sont commis par nos sujets, les forestiers poursuivront la répression sans
« pardonner à personne, et si d'aventure le recouvrement des amendes sur
« les délinquants était difficile, les autres officiers et justiciers seigneuriaux
« leur prêteront aide et assistance, et, s'il est nécessaire, contraindront les
« contrevenants à payer les amendes par l'emprisonnement et autre châ-
« timent. Mais ceux-ci ne pourront demander aucune amende à ceux
« que l'archiduc aura pris sous sa garde, et qui auront fait quelques mines
« dans ses forêts. La connaissance de leur cas est réservée à lui seul et sous
« son bon plaisir. Si un infracteur de l'ordonnance ne peut satisfaire à l'a-
« mende par de l'argent ou d'autres biens, et si le délit est de grande im-
« portance, il sera puni par un étroit emprisonnement et même en cas de
« récidive exilé du royaume d'Autriche, selon la gravité de la faute et d'a-
« près l'avis du gruyer.

« 20° Nous invitons nos officiers et agents de toute sorte à veiller scru-
« puleusement à la stricte observation de notre présente ordonnance fo-
« restière et leur recommandons de la faire souvent lire et publier partout
« où besoin sera... Nous réservons, à nous, à nos hoirs et successeurs, de
« changer la précédente ordonnance, la diminuer, l'augmenter et la tota-
« lement abolir selon notre bon vouloir et plaisir, selon justice, utilité et
« nécessité. Et en vertu des droits ci-dessus déclarés que nous concédons
« à nos sujets, tant par grâce spéciale que par ancienne coutume, ceux-ci
« nous payeront les cens, prestations et redevances tels qu'ils ont été jus-
« ques à présent payés au prévôt des mines et aux agents forestiers. » (Ar-
chives du Haut-Rhin, C. 424.)

Cette ordonnance reçut son complément dans un règlement du 16 octobre 1557, qui concerne spécialement le Rosemont, et dont je traduis quelques articles (Archives du Haut-Rhin, *loc. cit.*, et fonds Mazarin, L. 7).

« 1° Toutes les forêts seigneuriales de la vallée de Rosemont sont sans
« aucune exception en ban et défends.

« 11° Afin que le bois puisse y recroître plus vite, les sujets de la sei-
« gneurie ne pourront y envoyer leurs bestiaux, qui détruiraient les jeunes
« repousses.

« 15° Personne ne pourra créer dans ces forêts un nouveau pâturage, ni « dépasser les bornes des anciens, sous peine de grande amende.

« 16° Dans le cas où les anciens pâturages se font épais et doivent re- « croître, il est défendu aux sujets de la seigneurie de les éclaircir et de « les nettoyer par le feu sans une autorisation préalable des forestiers.

« 20° Les officiers de la seigneurie, des mines et des forêts, doivent vi- « siter toutes les forêts seigneuriales deux fois par an, au printemps et à « l'automne, et plus souvent si besoin l'exige, pour constater les dom- « mages, rechercher et punir les délinquants.

« 21° A l'égard des bois communs petits et raigiers, hors des hautes fu- « taies, les sujets pourront y prendre et couper du bois pour la construc- « tion, le chauffage et les autres nécessités de leur ménage, avec le con- « sentement du prévôt des mines et des forestiers, mais sans abus et sans « désordre. Ces officiers devront empêcher toute coupe superflue, s'opposer « à l'écorcement des arbres, arrêter la coupe des jeunes chênes, punir les « coupables, enfin tenir tout en bon ordre. Quant à l'écorce et à la vente « de l'écorce, il est loisible aux sujets de la vendre quand il s'agit de bois « commun marqué ou coupé pour le chauffage ; mais cela leur est interdit « formellement dans les autres cas.

« 22° Quand quelque village ou bourg n'a point de bois commun ou « propre au chauffage, les agents forestiers peuvent désigner aux habitants « certains cantons les plus voisins des hautes forêts seigneuriales, où ils « couperont avec ordre le bois indispensable à leurs besoins et sans trans- « gresser les limites indiquées.

« 23° Les habitants ne vendront aucun bois, planches, perches, lattes, ni « vaisselle de bois sans permission expresse, sous peine de punition.

« 24° Quand les sujets brûlent des feuilles dans les bois communs, ils « doivent veiller à ce que l'incendie ne s'allume point.

« 25° Il est à l'avenir défendu de couper de jeunes chênes pour faire des « lattes, à moins que ce ne soit pour réparer les maisons, encore sera-ce « avec ordre et sans superfluité.

« 26° Jusques à présent les sujets ayant coupé avec désordre du bois à « scier pour l'entretien de leurs bâtiments, la démolition des scieries qui « ne sont pas nécessaires aux ouvrages des mines et usines de la vallée de « Rosemont est ordonnée afin de ménager les forêts. Les officiers seigneu- « riaux doivent veiller à ce que les bois propres à être sciés, et qui leur se- « ront montrés à cet effet, soient coupés et sciés diligemment, et à ce que « les bois à brûler ne pourrissent point dans les forêts. »

Ces ordonnances forestières (*Waldordnung*) portaient une atteinte considérable au statut primitif du Rosemont.

En effet, elles multipliaient la surveillance des forêts par la création de nouveaux agents chargés d'exercer un contrôle permanent, journalier, rigoureux et sans miséricorde. Elles aggravaient la répression des délits en substituant à la faible amende édictée par l'article 21 du Coutumier de lourdes amendes, l'emprisonnement et même l'exil. — Elles supprimaient, ainsi que nous le verrons note 21, la curieuse immunité écrite dans l'article 22 en faveur des contrevenants. — Elles annihilaient totalement cer-

taines industries se rattachant à l'exploitation des bois. — Elles gênaient, par la restriction de la dépaissance et de la glandée, l'élevage du bétail, cette industrie principale de la vallée. — Elles rendaient plus difficile l'exercice de tous les autres droits d'usage antérieurement concédés. — Enfin, à côté de la promesse si peu respectée de maintenir force et vigueur aux anciens titres et aux coutumes immémoriales, elles plaçaient la menace d'un amoindrissement nouveau des droits d'usage par la faculté de changer encore, diminuer, augmenter ou du tout abolir ce nouveau régime forestier, selon le bon vouloir, plaisir ou utilité. — Toutes ces causes réunies, et il n'en fallait pas tant, jetèrent le pays dans une douloureuse émotion. Son effet se prolongea d'autant mieux que la publication des ordonnances, opérée fréquemment d'après les prescriptions archiducales, ravivait à chaque instant les mécomptes du présent en y ajoutant les appréhensions de l'avenir. Aussi, quand les agents seigneuriaux voulurent mettre à exécution dans toute leur rigueur les nouvelles ordonnances, le Rosemont protesta contre ces agissements et la violation de ses priviléges spéciaux (Avril 1560. — Archives du Haut-Rhin, C. 600). La Chambre impériale d'Ensisheim ayant laissé les réclamations sans suite, les têtes s'échauffèrent dans des conciliabules secrets. On tint des propos séditieux contre la seigneurie. On manifesta le regret de n'avoir pas mis à mort, lors de la dernière visite des forêts, le grand bailli de Belfort, le juge des mines et leurs adhérents. On intima au maître des forêts l'injonction de se conformer aux anciens usages; et cet officier, qui avait ses ordres pour résister, fut grièvement maltraité et blessé d'un coup de poignard. A l'instigation des officiers de la seigneurie qui, bourgeois du pays, devaient bénéficier des droits réclamés, à l'instigation des maires des communautés et du banneret de Giromagny, la révolte fut poussée jusques au refus de la taille et à l'insulte des soldats envoyés pour comprimer l'émeute (Décembre 1569. — Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 89 et 66). Ce que souhaitaient les habitants du Rosemont c'était, à l'avenir, la jouissance paisible et complète de leurs antiques usages. Ils se l'arrogeaient de fait et par violence, en même temps qu'ils expédiaient à Belfort et à Ensisheim des députés pour en obtenir une sanction régulière et expresse. Ceux-ci ne réussirent pas dans cette mission. Le grand bailli de Belfort leur répondit (21 janvier 1570) que les gens du Rosemont n'avaient pas le droit de dévaster les forêts seigneuriales par des coupes abusives, le pâturage, la paisson des porcs et le charbonnage. En outre, la Régence leur fit connaître (31 janvier 1570) que leur coutume, n'étant pas revêtue du sceau et de la signature de l'archiduc, ne prouvait point authentiquement leurs usages forestiers, et que dès lors il fallait, faute d'autres titres officiels, s'en tenir aux récents édits forestiers.

Sur des instances réitérées, la Chambre impériale confia au grand bailli de Belfort le soin de procéder à une enquête sur l'existence et la possession immémoriale des priviléges réclamés. Ce magistrat, fidèle aux instructions tracées dans une lettre où la Régence révélait toutes ses appréhensions sur les dangers et l'issue de cette opération, et comprenant parfaitement ce qu'on attendait de lui, notifia quelques mois après aux Rosemontois (18 dé-

cembre 1570. — Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 66. — Voir *infrà*, notes 44 et 45) que l'utilité publique commandait d'user des forêts particulières et seigneuriales avec la plus extrême modération; que les *Waldordnung* n'avaient pas en vue un autre objet; et qu'en cas d'insuffisance de leurs propres forêts, l'archiduc leur permettrait de prendre du bois dans les siennes. Cette promesse, en tournant la difficulté sans la résoudre, en maintenant le régime inauguré en 1557, laissait aux plaintes et réclamations un cours auquel on essaya de mettre fin en décembre 1576 et en avril 1597, en déboutant carrément les Rosementois de leur demande en confirmation expresse de leurs privilèges particuliers quant aux forêts (Archives du Haut-Rhin, C. 600 et 375, fonds Mazarin, L. 66).

Ce procédé violent n'éteignit point une lutte au fond de laquelle s'agitait l'intérêt privé toujours si ardent et si vivace : — celui des gens de la vallée, qui, par la privation partielle de leurs usages immémoriaux, étaient entravés dans leur usage et leur commerce des bois, l'élevage et la vente des bestiaux ;—celui de la seigneurie, qui, pour alimenter ses mines du Rosemont, alors en pleine prospérité, tendait à se réserver exclusivement toute la richesse forestière de son domaine. De là, pendant de longues années, entre les parties contendantes, l'accusation réciproque de dévaster les forêts ; de là les reproches des habitants à la seigneurie de ses défenses illégales et de ses vexations; de là les plaintes amères de la seigneurie de l'indiscipline et des entreprises de ses sujets.

La seigneurie chercha, le 27 avril 1599, à mettre fin à ces luttes et accusations par un nouveau règlement pour la conservation, garde et meilleur entretenement des bois et quartiers de la vallée de Rosemont et de la mairie d'Etuffont (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 91). — Ce règlement de la régence a été inséré dans les registres des communautés de Rosemont le 18 septembre 1599. Le voici :

« Premier l'on laisse les haultes montaignes, bois et fourest estant au-
« dessus des limites et marques des quartiers desdicts sujets selon le con-
« tenu des édits ou *Waldornung* de tout temps publiés.

« Quant aux susdits bas bois [1] et quartiers desdits subjects, iceulx subjects « y auront leurs usaiges et nécessités de bois et pour foulloyer [2], toutesfois, « par bon ordre, sans mésus ou superflu, doibvant un chacun pour bruster « prendre du mort-bois plustôt que du vif.

« Lon choisira et assermentera de par la seigneurie en tant de villaiges « qu'il semblera bon des banwards pour garder lesdits bas bois pareille-
« ment que les deux forestiers de Giramini.

« Item le foulloyer demeure desfendu ès gros et petits bois des Pru-
« dhommes, le Bichetey ou grand côté, le Cleurat et le Brueret apparte-
« nant au communal de la Chapelle, comme aussi en ceulx des Lithols,

[1] On appelle bas bois (*Unterholtz*) le bois qui a peu d'élévation et qui se trouve sous la futaie. Ce terme *bas bois* comprend le mort-bois. Il s'applique à toutes les essences ne portant pas fruit, aux ormes et frênes. Colmar, 8 avril 1820, dans le Recueil de la jurisprudence de cette cour, XVI, p. 168 et 171.

[2] *Foulloyer* signifie nettoyer la forêt parvenue à un certain âge en enlevant les sujets mal venus, superflus, traînant et gênant la croissance et le développent des autres.

« Rougiat, Dupin, et leurs consorts ou paraiges, lesdits bois situés au finage « de la Chapelle. Ains y prendront ceulx qu'ils appartiennent seulement « pour leur servaige et pour bastir ou en accomoder leurs voisins sans « mésus ni superflu.

« Celui ou ceulx que le banward ou forestier treuvera coppant ou char- « geant bois du bois ou quartier d'aultrui, sera pour chacune charrée de « bois vif défendeu par les moindres édits ou *Waldordnung* vingt-cinq « sols, à sçavoir ; cinq sols au dit banward ou forestier, et les aultres « vingt sols à la partie qu'appartiendra le quartier, puis au seigneur que « tel quartier sera taillable telle amende que les officiers de part et d'autre « pourront cognoistre par vertu des dites moindres *Waldordnung*.

« Plus aura le dit banward ou forestier puissance treuvant, sur le chemin « ou devant la maison d'un ou d'aultre, bois suspect de le visiter, puis « l'aller eschatillonner sur le trond, et treuvant où tel bois sera esté « prins sur aultrui et par ce puisse maintenir par son serment tel bois être « gaigeable, le sera le délinquant pareillement qu'est contenu en l'article « précédent.

« Si la partie qu'appartiendra le quartier treuve coppant ou chargeant « tel bois vif défendu, sera le mésusant non moins chatyé que dessus, « prennant la partie les vingt-cinq sols du tout.

« Mais en cas une ou aultre partie retreuverait ou suspicionnerait de son « bois sur chemin ou devant maison, aura liberté et puissance de le faire « eschatilloner et recognoistre par les dits banwards et forestiers, et si ainsi « se treuve en faire prendre le chastoy précédent.

« Quant au mort bois soit sur le pied ou par terre, qu'un ou aultre « prendra sur forest d'aultrui et sera treuvé par banward, forestier ou la « partie, y aura quinze sols par charroy, à sçavoir au dit banward ou fo- « restier cinq sols et à la partie dix sols. Bien entendu que s'il y avait en la « charrée un, deux, trois ou plus de fagots de bois vif défendu, sera le « délinquant pour vingt-cinq sols applicables comme ès articles précé- « dents, qu'est au banward ou forestier cinq sols et à la partie vingt « sols, et le chastoy du seigneur selon les dits articles dont le délinquant « y sera en cas quitte de quinze sols.

« Si la partie treuve coppant ou chargeant tel mort bois aura les dits « quinze sols du tout.

« Laissant bien à une ou aultre partie accomoder ses voisins et avoir « par don ou par vendaige de son bois, soit pour brusler ou bastir, pour- « veu que ce soit par nombre et charrée, et non par ouctroy de servaige « ou usaige, afin de prevenir à superfleutée et mésus, auquel effect devra « telle partie le dire au banward ou forestier qui toutesfois ne devra rien « prétendre de cela.

« Ceulx des bourgeoys ou subjects de la terre de Rosemont et mairie « d'Etuffond, qui n'ont ou n'auront bois ou quartiers en propriété, mais en « communaultey, à suffisance pour brusler en leur maison, prendront du « mort bois estant par terre ès haults bois au-dessus des quartiers précé- « dens, toutesfois par ordre et selon les *Waldordnung*.

« Leur y sera aussy baillé bois pour bastir que fasse nécessité, moyen-« nant qu'ils le demandent, et ce selon le bon plaisir des suppérieurs.

« Finalement ceulx qui seront treuvé avoir mésusé du bois de nuit « debvront être chastiés double de ce que dessus est dit, sauf et reservé au « suppérieur de pouvoir cy-après ajouter, diminuer ou du tout abolir les « avant dits articles et présente ordonnance. »

Cette ordonnance ne fut pas un remède plus souverain que les précédentes pour apaiser les difficultés entre la seigneurie et ses vassaux. Le Rosemont entendait obtenir, à titre non de grâce mais de droit, la faculté de prendre du bois pour ses nécessités là où bon lui semblait. Il ne s'arrangeait en aucune façon de voir ses usages rétrécis par une distinction arbitraire entre les hautes futaies et les bas bois, diminués par une assignation à des quartiers pauvres et éloignés des habitations, enfin limités à l'excès quant au marronnage, charronnage, glandée, panage et pâture. Le nouveau régime forestier inauguré par les édits archiducaux froissait des habitudes immémoriales en anéantissant totalement le statut de Léopold. Aussi, dès 1601, je vois reparaître les plaintes et les réclamations du Rosemont. Mais, sans en tenir aucun compte, la Régence, fidèle au système arrêté, transmit à ses officiers les ordres les plus précis pour qu'ils s'opposassent avec énergie aux empiètements et mésus des habitants (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 7 et 89). La guerre de Trente ans interrompit momentanément ces contestations en laissant libre carrière aux usagers.

Mais à peine le duc de Mazarin est-il saisi des forêts archiducales, qu'il s'empresse d'introduire un ordre sévère pour leur aménagement. A cet effet il interdit les feux de broussailles, le pacage des bestiaux dans les coupes pendant quatre années et la délivrance de plus de quatre chênes pour la bâtisse (8 août 1672. Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 4). A cet effet encore il repromulgue dans la vallée du Rosemont le règlement de 1599, avec injonction à ses officiers de tenir strictement la main à son entière exécution (1685. — Archives de la mairie de Giromagny).

Ces prescriptions devinrent le signal de la reprise des hostilités entre la seigneurie et ses sujets. Redire toutes les phases de ces luttes sans cesse renaissantes, ce serait fastidieux. Il suffira d'en marquer les points culminants.

Sous les Mazarin comme sous les archiducs, on réclame et on plaide pour les mêmes motifs et sur les mêmes griefs. Les Rosemontois étayent leurs prétentions sur leurs antiques coutumes et une possession incontestée pendant cinq cents ans; les Mazarin sur leur souveraineté et les règlements archiducaux : ils dénient toute autorité à un titre qui est l'œuvre d'un faussaire, et à une possession qui a toujours été un abus condamnable. La haute et basse vallée du Rosemont crie à l'injustice et à la spoliation de ses usages forestiers par l'augmentation des cens, par les coupes abusives, les défrichements, les emphytéoses et les ventes de terrain effectuées par la seigneurie. A son tour, la seigneurie récrimine contre ses vassaux, contre leur mauvaise foi et leur fourberie, contre leur esprit séculaire de chicane et de révolte, contre leurs entreprises incessantes qui, en deux

ans seulement, ont porté le chiffre des mésus à douze mille (Archives du Haut-Rhin, fonds du Domaine, carton 4, dossier J), et qui, à plusieurs reprises et d'un même coup, ont abattu jusques à quinze cents pieds de chênes ou de hêtres (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 7). Telles sont les récriminations violentes échangées par les parties dans leurs procédures.

Tandis que les communautés de Méroux et de Vézelois obtiennent de la seigneurie presque sans difficulté la forêt de Moramont, dont elles réclamaient la propriété (procès de 1723; transaction du 26 août 1726. Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 7, 14 à 18), le haut Rosemont plus malheureux court les tribunaux durant de longues années afin de reconquérir ses usages tels qu'ils sont fixés par la Coutume.

Pour en terminer avec ces débats judiciaires qui ne cessaient que pour recommencer plus ardents et dans lesquels la famille de Mazarin n'avait pas toujours été heureuse, Louis XV, sur la demande de la duchesse de Valentinois, évoqua en son conseil d'Etat (11 août 1739. Archives du Haut-Rhin, C. 1358) tous les litiges pendants devant le conseil souverain d'Alsace, afin d'arriver à un cantonnement qui assignerait aux sujets un tiers de l'étendue des forêts du haut Rosemont et les deux autres tiers à la seigneurie. Vingt-trois ans après, MM. Legrand de Marisy, grand maître des eaux et forêts d'Alsace, et Paris, géomètre, présentèrent leur travail au conseil d'Etat qui l'homologua (27 avril et 28 novembre 1762, 24 juillet 1770. — Archives du Haut-Rhin, fonds du Domaine, carton 4, dossier J). Sauf La Chapelle-sous-Chaux et Evette, toutes les autres communautés rejetèrent ce projet d'arrangement par une protestation soit directe (Giromagny, Le Puy, Vescemont, Rougegoutte, Grosmagny, Chaux, Sermagny, Valdhoye et Eloyé), soit indirecte (Etuffont Haut et Bas, Petitmagny et Anjoutey).

Elles reprochaient au cantonnement : 1° d'avoir une assiette incomplète, en ce qu'au lieu de 22,000 arpents royaux de forêts (11,000 hectares), il n'en comprenait que 11,670 et que par suite leur lot, au lieu d'être du tiers, selon l'ordre royal, n'était que du septième ou 3,359 arpents; — 2° d'avoir mis dans leur portion les forêts les plus dévastées et les plus pauvres, tandis que les meilleures étaient réservées à leur seigneur, et que par suite leurs usages se trouvaient singulièrement rétrécis et changés; — 3° enfin « *de convertir par anticipation la vallée du Rosemont en une vallée de larmes.* » (Archives du Haut-Rhin, *loc. cit.*) En conséquence elles ne firent aucun acte de propriété sur les cantons de forêts qui leur étaient affectés. En 1790, la loi des 15-26 mai ayant permis la révision des cantonnements lésionnaires, elles saisissent de leurs réclamations et griefs le tribunal de Belfort, qui rescinde (4 août 1792 par défaut et 5 janvier 1793 contradictoirement) le cantonnement de 1762, sans déterminer cependant les droits respectifs de chaque communauté. L'Etat, devenu leur contradicteur à la place des Mazarin, leur délivra un aménagement provisoire de 83 hectares jusques en 1824. A cette époque, M. de Villèle ayant rendu les forêts du Rosemont aux héritiers du cardinal, les de Grimaldi obligèrent les Rosemontois à se pourvoir en cantonnement par le refus de délivrance de

leurs coupes annuelles. Cette instance, commencée en 1826, fut résolue par le tribunal de Belfort (11 avril 1828, et par la Cour impériale de Colmar (15 février 1838). Son arrêt a été confirmé, le 11 juillet 1839, par deux arrêts de la Cour de cassation. Neyr mand, *Recueil des arrêts de la Cour de Colmar*, XXXIV, p. 226, et XXXV, p. 162.) Cet arrêt souverain divisa les communautés du haut Rosemont en trois catégories, en prenant pour base de répartition dans le cantonnement le chiffre de la population d'après le recensement officiel de 1826 et l'étendue plus ou moins considérable des droits d'usage d'après les titres. — La première catégorie, qui comprenait les 6,583 habitants des villages de Giromagny, Le Puy, Vescemont, Rière-vescemont, Rougegoutte, Evette, Grosmagny, Eloye, Chaux, Valdhoye, Sermagny et La Chapelle-sous-Chaux et qui avait les droits les plus étendus (chauffage, marronnage, charronnage, vaine et grasse pâture, glandée, panage), fut admise pour moitié, à charge par Rougegoutte, Sermagny et La Chapelle, qui possédaient 185 hectares de forêts propres, de récompenser les neuf autres communautés de la différence entre la moitié et le tiers. — La deuxième catégorie, qui comprenait les 2,086 habitants d'Etuffont le Haut et le Bas, de Petitmagny et d'Anjoutey et qui avait ses usages réduits par le conseil souverain d'Alsace (4 février 1739, 8 mars et 23 décembre 1751) au pâturage et au chauffage en mort-bois et en bois mort, — ainsi que la troisième catégorie, qui se composait des 920 habitants d'Auxelles le Haut et dont le seul titre était l'acte royal de 1738, — furent admises au cantonnement pour le tiers des forêts, à charge de faire raison à la première catégorie de la différence d'entre la moitié et le tiers. — Cet arrêt, suivi d'un cantonnement terminé en 1842, mit fin après 285 ans de discussion aux luttes et contestations forestières du Rosemont.

(21) L'Urbaire de Rougemont, anno 1394, art. 8, porte une clause analogue : « On ne coupera pas de bois de chêne, de hêtre, de sureau et de « poirier dans les forêts de ce territoire, sous peine de trente sous d'amende « pour monseigneur d'Autriche à Rougemont, et de cinq sous pour le « garde. Mais si le coupable s'éloigne du tronc à une distance d'une jetée « de hache, avant que le garde ne le voie et ne le surprenne, il ne paie « rien. » (Archives du Haut-Rhin, C. 47, f° 35 de l'Urbaire.) — Même immunité dans le val de Saint-Dié. Les franchises accordées à cette ville par Mathieu Ier de Lorraine énoncent ce qui suit : « On ne doit pas poursuivre « les mésus dans les eaux et dans les forêts, parce que le bois ni l'eau « n'ont de chasse (suite), et que le toin et le fosseux huchent le pêcheur, « et la hache le forestier. » Claude Sommier (*Histoire de Saint-Dié*, p. 225) note que ces coutumes y étaient encore observées en 1726. Elles furent supprimées dans le val de Rosemont par l'archiduc Ferdinand, le 17 avril 1557 : « *Nos sujets commettent de grands abus et causent d'irréparables « dommages dans les bois, en ce que par un commun proverbe ils disent : que « quand l'on coupe, l'on appelle; que quand l'on charge, l'on attend; que « quand l'on apploye, l'on charrie; et que quand on est hors de la place, « on est exempt de tout chastois, peine et dommage. Vu que tel abus n'est « ni juste, ni équitable, nous l'avons par ces présentes ordonnances de « notre pouvoir et autorité souveraine supprimé et annulé, cassé et ré-*

« *voqué partout où il pouvait être introduit.* » (Archives du Haut-Rhin, C. 424.) Cette ordonnance ne fut appliquée qu'aux Etats héréditaires de la maison d'Autriche. L'immunité, écrite dans l'article 22 du Coutumier de Rosemont et fort répandue en Alsace, subsista jusques à la révolution dans d'autres parties de la province, par exemple dans la vallée de la Magel. En effet, une constitution de 1550 porte : « Les gens de Gren-« delbruch qui ont peu de champs et de près, et qui ne peuvent se passer « de forêts, vont chercher du bois en risquant l'amende dans les forêts de « Roersch, de Rosheim, d'Obernai et du Steinwald. Quand un homme « coupe, il crie; quand il charge, il attend ; s'il peut sortir du bois, il ne « donne rien à personne. Si le forestier veut le gager, lorsqu'il peut jeter « sa hache au delà du ruisseau, on le laissera aller. Le forestier le sur-« prend-il et lui enlève-t-il sa hache, il ne lui fera pas autre chose. Le dé-« linquant refuse-t-il le gage, le forestier ne doit ni le frapper, ni le bles-« ser, mais le suivre à Gendelbruch chez le *Heimburge*, qui lui donnera la « hache ou quelque chose de meilleur. » (Archives du Bas-Rhin, G. 1622.)

(22) Voici quelques notions sur les monnaies, poids et mesures les plus habituellement en usage dans le Rosemont.

La livre baloise se divise en 20 sols, et le sol en 12 deniers.

La livre correspond à 1 fr. 77 c. 78 m. de notre monnaie actuelle; le sol, à 8 c. 888 m.; et le denier, à 74 millimes. (Quiquerez, *Notice sur les mines de l'ancien évêché de Bâle*, p. 159.)

La livre baloise valait 1 livre 6 sous 8 deniers tournois.

Le florin du Rhin fait 3 livres 4 deniers tournois; il en faut quatre pour un demi-marc d'argent, lequel vaut 27 francs de notre monnaie actuelle. Le creutzer correspond à 7 deniers tournois.

On se sert de la tinne pour mesurer les liquides : la tinne contient 18 pots ou 36 pintes.

On emploie pour les grains le bichet, qui se subdivise en quarte et en quassate. Le bichet pèse environ 25 livres et renferme 24 quartes. La quesse en grain est le vingtième de la quarte, et le leuron le huitième. Le coupot en blé fait la moitié de la quarte et les cinq quartes font le sac du poids de 200 livres. En avoine, il faut 3 coupots raflés et les 4 quartes font le sac de 12 boisseaux en avoine, mesure de Paris.

L'aune d'Allemagne est la mesure ordinaire de longueur, quand on n'est pas convenu expressément de l'aune de Paris.

Les poids sont au poids de marc à seize onces pour la livre (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 11 et 89. — A. d, notes 14 et 42.)

(23) A la théorie des vacants ou terres incultes et abandonnées se rattache celle des épaves, c'est-à-dire des choses mobilières, perdues, abandonnées ou sans maître connu, et celle du trésor. Les hauts justiciers s'attribuèrent le bénéfice des épaves et du trésor découvert par le droit du plus fort (Bacquet, *Des droits de justices*, ch. 32, n° 3, Cfr., *supra*, note 14). Celui du Rosemont acquiert la propriété des biens trouvés, lorsqu'ils ne sont pas répétés dans les quarante jours (même texte dans l'Urbaire de Belfort. *Revue d'Alsace*, 1860, p. 163).

En vertu du même principe, il est maître également des mines découvertes et à découvrir dans l'étendue de sa seigneurie. Aucun document ne fixe l'époque où les mines du Rosemont ont été ouvertes. Il ne paraît pas que les comtes de Montbéliard et de Ferette y aient fait travailler. Selon toute probabilité, c'est la maison d'Autriche qui a pris l'initiative de ces établissements. Les fouilles commencèrent d'abord à Auxelles, au Puy, à Giromagny et vers 1500 à la Magdelaine. Ces dernières mines furent abandonnées à cause de leur insuffisance ; les autres étaient au contraire en pleine activité d'exploitation dès le quinzième siècle. En effet, le 20 août 1462, on jugeait utile d'établir par un règlement la manière dont devait se comporter le bergrichter ou prévôt des mines de Schirament. Les archiducs en édictèrent de nouveaux en 1560 et 1563. On tirait de ces mines de l'argent, du cuivre et du plomb. L'argent était porté à Ensisheim où existait un atelier monétaire, et l'on voit par les comptes de cet établissement qu'on y conduisit 5,000 marcs d'argent en 1601, 2,034 marcs en 1602, et 1,900 marcs en 1609. — Quoique Louis XIV n'eût pas compris expressément les mines du Rosemont dans sa donation au cardinal de Mazarin, celui-ci et ses héritiers en continuèrent l'exploitation. De 1700 à 1709, ils en retirèrent un bénéfice annuel de 40,000 francs. En 1783, le duc de Valentinois, seigneur du Rosemont, fit faire des percements importants. La concession nouvelle de 1843 a ranimé les travaux un moment abandonnés. Ces mines ont beaucoup contribué à accroître la population et la richesse de la vallée. (Archives du Haut-Rhin, C. 375 et 399. — Fonds Mazarin, L. 12.)

(24) Sur le service militaire dû par les paysans d'Alsace à leur seigneur, voir les curieux détails fournis par M. Hanauer (*les Paysans d'Alsace*, p. 265 et suiv.). — Les mineurs du Rosemont, affranchis des corvées, étaient tenus au service militaire, ainsi que nous l'avons vu (note 1). — Durant la guerre contre les Suédois, les gens du Rosemont se sont acquittés de leurs devoirs d'ost et de chevauchée avec une fidélité et un courage extrêmes, et ils ont célébré leur héroïque résistance à l'ennemi par un chant populaire qui se répète encore de nos jours à la veillée. Le voici. C'est un échantillon de la langue vulgaire de ces montagnards.

Co d'Genery de Vescemont, que Due le boute en gloire,
Al o vortchie tros djous, tros neus por rassembia son monde
Al o vortchie tros djous, tros neus por rassembia son monde
Adue vue die, Reucha preveux ! Veus qu'a veute bonnire ?
Adue vue die, Reucha preveux ! Veus qu'a veute bonnire ?
— Neu l'an layié là dedans Tcha, dedans Tcha la djeulie,
— Neu l'an layié là dedans Tcha, dedans Tcha la djeulie,
Où ja laichié cinq cents pietons por vadjai la bonnire,
Où ja laichié cinq cents pietons por vadjai la bonnire.
Dechu là breuchte di Vadeau neu ranconstran dé mires,
Dechu la breuchte di Vadeau neu ranconstran dé mires,
Et tant pietons que cavaliés neu-z-étins quinze mille.
Et tant pietons que cavaliés neu-z-étins quinze mille.

Detchassie vos, coqs de Béfô, por pessa la revire,
Detchassie vos, coqs de Béfô, por pessa la revire ;
Cé qui n'saront pessa lou pont pessrant dans la revire,
Cé qui n'saront pessa lou pont pessrant dans la revire.
Regaidje en hâ, regaidje en bé, ne sa qué tchemin panre,
Regaidje en hâ, regaidje en bé, ne sa qué tchemin panre,
Al an tirié en contre va, devé lai croux de pire,
Al an tirié en contre va, devé lai croux de pire.
Dechu la breuchte des Ainans neu-z-an repris la pridje,
Dechu la breuchte des Ainans neu-z-an repris la pridje,
Tos les pos et tos les motons, tote la boirdgerie,
Tos les pos et tos les motons, tote la boirdgerie.
Al ou piqua s'tchouva moirat por satai lai barrire,
Al ou piqua s'tchouva moirat por satai lai barrire,
Son tchapai a tchu en dérie, no voyu le recudre,
Son tchapai a tchu en dérie, no voyu le recudre :
Tos lais gens de Dgéromingny tchaulins quement des andges,
Tos lais gens de Dgéromingny tchaulins quement des andges,
Et tos ce de Serminmingny brelins quement des tchivres,
Et tos ce de Serminmingny brelins quement des tchivres.
S'il avint pessa poi Angeot, reunu poi la rivire,
S'il avint pessa poi Angeot, reunu poi la rivire,
Tos les afants dî Rosemont serint tos avu des chires.

TRADUCTION.

C'est Généry de Vescemont, que Dieu le mette en gloire,
Il a trimé trois jours et trois nuits pour rassembler son monde.
Dieu vous garde, prévôt Richard ! Où est votre bannière ?
— Nous l'avons déposée à Chaux, à Chaux la jolie,
Où j'ai laissé cinq cents hommes de pied pour garder la bannière.
Aux avenues de Valdhoie nous rencontrâmes l'ennemi en face,
Et tant fantassins que cavaliers nous étions quinze mille.
Déchaussez-vous, messieurs de Belfort, pour passer la rivière ;
Ceux qui ne pourront passer le pont passeront au gué.
Ils regardent en haut, en bas, ne sachant quel chemin prendre,
Et ils ont fait demi-tour à la croix de pierre.
Sur la plaine des Ainans nous avons repris notre butin,
Tous les porcs et tous les moutons, toute la bergerie.
Richard prévôt éperonne son cheval gris pommelé pour sauter la barrière,
Son chapeau tombe à terre, il ne daigne pas le ramasser,
Tous les gens de Giromagny chantaient comme des anges,
Et tous ceux de Sermagny bêlaient comme des chèvres.
S'ils avaient passé par Angeot et fussent venus par la rivière,
Tous les enfants du Rosemont seraient devenus des sires.

(25) Dans l'administration romaine, les travaux exigés par le service

public s'effectuaient par le bras des contribuables. C'est là l'origine des corvées ou services personnels que les seigneurs justiciers du moyen âge réclamèrent de leurs sujets, à titre de convention ou d'abus, pour faner leurs foins, scier leurs blés, labourer leurs terres, réparer les chemins et faire des charrois ou autres ouvrages semblables. Chaque sujet du Rosemont, tant de la haute que de la basse justice, devait à son seigneur et par an quatre journées de corvée, conformément à l'usage général de l'Alsace. En retour, il recevait avec un gobelet de vin une miche de pain. Quoique, dans le Coutumier, il ne soit pas question de corvées pour l'entretien du château de Rosemont, cette obligation me paraît certaine. Les justiciables de Rougegoutte étaient tenus de conduire à Roppe les matériaux dont le seigneur avait besoin pour bâtir (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 3, 11, 12, 14 à 18, 63, et fonds du Domaine, carton 5, dossier N). On sait d'ailleurs que depuis 1495 l'aide des Rosemontois pouvait être requis pour améliorer et entretenir les fortifications de la ville de Belfort. Tant que le domaine du Rosemont appartint à la maison d'Autriche, cette dette des corvées demeura incontestée. Les difficultés ne naquirent que sous les Mazarin. Tranchées momentanément par l'arrêt du conseil d'Etat en date du 27 février 1668, elles furent définitivement résolues par celui du 21 décembre 1683 (confirmé par arrêts des 29 décembre 1698, 14 août 1700, 14 avril 1701, 2 mars 1711, 4 septembre 1714, 18 août 1716 et les lettres royales du 8 mars 1717). D'après cette décision, loi suprême de la matière, tous les sujets de la seigneurie, bourgeois, manants, et habitants, hommes, femmes, veuves, garçons ou filles tenant ménage, autres que les ouvriers des mines du Rosemont, devaient annuellement cinq corvées payables par trimestre, en nature ou en argent, au choix du seigneur. Un tarif gradué suivant la condition des personnes déterminait la redevance pécuniaire à acquitter, quand le corvéable n'effectuait pas personnellement les travaux. C'étaient : 7 livres 10 sous par chaque charrue, 2 livres 10 sous par chaque journalier, et 25 sous par chaque veuve ou fille n'ayant point de charrue (Ord. d'Alsace, II, p. 136, 282, 302, 318, 482, 490 et 590). Dans la basse justice de Rougegoutte, le paysan continua à ne devoir que quatre corvées (Archives du Haut-Rhin, fonds du Domaine, carton 5, dossier N). Quatre et cinq jours de corvée, voilà le sort du Rosemont ; il était moins durement traité que la basse Alsace, où le conseil d'Etat, cédant à l'avidité seigneuriale, avait porté le nombre des corvées à dix et même à douze (Arrêts notables, I, p. 33. — Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 63).

(26) Les maires sont dans les communautés les représentants du seigneur haut justicier au même titre que le bailli l'est dans tout le territoire de la seigneurie de Rosemont. Le bas justicier de Rougegoutte donne également à ses agents la qualification de *maires*, mais ceux-ci, dont l'autorité est bornée dans les villages aux seuls sujets de la basse justice, ne jouissent d'aucun des priviléges et franchises attribués à cette classe d'officiers par les usages généraux de l'Alsace. Or, parmi ces priviléges, les plus estimables consistaient en certains honneurs réservés dans les églises aux maires en l'absence du seigneur, et en une exemption complète de taille, corvées

et autres prestations envers le domaine seigneurial (Voir art. 45 du Coutumier et L. 75, 127 et 138 du Cod. Théod., *De Muner. et Honor*).

Ces *honorati* villageois furent, dans le Rosemont, toujours nommés et révoqués par le bailli de Belfort, au nom des archiducs d'Autriche ou des Mazarin. Il y a cette particularité, quant au maire de Giromagny, c'est que le prévôt des mines confirme l'institution délivrée par le gouverneur du comte de Belfort (Archives du Haut-Rhin, C. 400, et fonds Mazarin, L. 77). Les maires, créés à temps ou à vie et choisis parmi les gens de bien, manquaient parfois tellement de culture intellectuelle, qu'ils ne savaient ni lire ni écrire. Cette ignorance entravait l'administration, et en 1608 la régence d'Ensisheim enjoignit au bailli de Belfort de n'élire désormais pour maires que des gens capables et lettrés, et d'insérer dans la commission d'office la clause de RÉVOCABILITÉ A BON PLAISIR. Sous les Mazarin, on bailla la charge de maire en Rosemont à titre de finances (Archives du Haut-Rhin, C. 591 et 592, et fonds Mazarin, L. 77 et 12).

Jamais la seigneurie n'alloua de gages à ces officiers, qui trouvaient leurs émoluments dans l'affranchissement d'impôt et dans certains actes de leurs attributions. (Voir note 17.)

Ces agents avaient pour mission de :

1° Surveiller l'administration des biens communaux ;

2° Veiller au maintien local de l'ordre et de la police sous la direction hiérarchique du lieutenant ;

3° Commander les assemblées des mairies et présider à leurs délibérations ;

4° Autoriser les réunions des jurés, bourgeois et habitants ;

5° Recueillir et porter à la seigneurie les tailles, dîmes, redevances ou autres impôts ;

6° Fournir, à chaque quartier de l'année, aux receveurs seigneuriaux l'état exact, fidèle et complet de tous les corvéables et chevaux d'attelage, à peine de poursuite en cas de livraison de fausses listes ;

7° Vérifier la qualité des denrées, comestibles et viandes ;

8° Remplir les fonctions de sergent dans les mairies où il n'y avait point d'huissier. Quand ils furent déchargés de ces fonctions par la création des huissiers, les maires des communautés du Rosemont durent, ainsi que tous les autres sujets de la haute justice, prêter assistance et main-forte aux porteurs des mandements judiciaires, moyennant un salaire raisonnable, et à peine, en cas de refus, d'être poursuivis conformément à l'ordonnance (Arrêt du 8 janvier 1688. Arrêts notables, II, p. 28. Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 11 et 12).

Jusques au 12 septembre 1729, le maire d'Eloffont demeura chargé de vérifier et poinçonner tous les ans les poids et mesures des négociants de sa communauté (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 12).

(27) En 1721 et en 1738, les officiers de la famille de Mazarin firent effort pour porter la taille à 450 et à 500 livres, mais les intéressés obtinrent du conseil souverain d'Alsace la réduction de son chiffre au taux coutumier qui était un abonnement. — En 1742, les communautés du Ro-

semont acquittaient encore les 400 livres de taille, dans les proportions suivantes :

66 livres pour la mairie de Chaux (comprenant les villages de Chaux, Eloye, la Chapelle et Sermagny) ;

43 livres pour la mairie de Rougegoutte (Rougegoutte et Grosmagny) ;

48 livres pour la mairie de Vescemont (Vescemont, Giromagny et le Puy) ;

44 livres pour la mairie de Valdhoye (Valdhoye et Evette) ;

90 livres pour la mairie de Méroux (Méroux et Vézelois) ;

56 livres pour la mairie d'Argiésans (Argiésans, Urcerey et Banvillars) ;

53 livres pour la mairie d'Etuffont (Etuffont-le-Haut, Etuffont-le-Bas, Anjoutey et Petitmagny).

La taille, représentation de la sécurité garantie par le seigneur à la personne et aux biens de ceux qui s'établissaient dans le territoire de sa justice, avait à la fois un caractère personnel et réel. L'empereur Ferdinand ordonna, le 31 mars 1571, que désormais elle n'affecterait plus les personnes, mais seulement les biens. En conséquence, les maires du Rosemont, qui étaient chargés de recueillir la taille et de la verser à deux époques fixes d'une seule main aux agents de la seigneurie, dressèrent de temps à autre des états de répartition sur les biens-fonds roturiers de leurs finages respectifs. Ils faisaient entrer dans les terres imposables les héritages chargés de cens fonciers en argent, grains, poules, chapons, cire ou autrement, soit envers le seigneur de Rosemont, soit envers tous autres. Mais ils laissaient en dehors de la répartition de la taille : 1° les héritages sujets à la taille envers les autres seigneurs fonciers de la vallée ; 2° les biens appartenant à la seigneurie ou donnés par elle en emphytéose ; 3° les biens de fief ; 4° les biens propres des églises ou des communautés (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 12, 14 à 18 et 89).

Indépendamment de cette taille, les sujets de la haute justice du Rosemont versaient, en 1394, à titre de taille des chiens appelée *Gette* ou *Brennage*, 3 livres 7 sols balois. En 1742, elle est encore payée au moins par la mairie d'Etuffont (Archives du Haut-Rhin, C. 47, et fonds Mazarin, L. 12).

(28) L'hôpital de Belfort, dit *hôpital des poules*, fut fondé en 1349 par Jeanne de Montbéliard, veuve du comte Ulric II de Ferette, remariée d'abord à Rodolphe Hesson, margrave de Bade, ensuite au comte Guillaume de Katzenellenbogen. — Cet asile, destiné à dix malades indigents, fut entretenu d'après l'acte de fondation par la taille dont parle l'article 29 du Coutumier (Voir dans Henri Bardy, *Belfort au moyen âge*, la charte de fondation de cet hospice. — Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 14 à 18). A cette taille fournie par les communautés de Méroux et de Vézelois, l'archiduchesse Catherine de Bourgogne ajouta en 1415 les revenus du moulin banal d'Anjoutin. — Vers 1558, les bourgeois et négociants de Belfort construisirent un second hôpital sous l'invocation de sainte Barbe. (H. Bardy, *Coup d'œil sur l'histoire de l'hôpital de Belfort* dans la *Revue d'Alsace*, II, p. 481, et III, p. 156.)

(29) Tandis que les communautés du Rosemont *ut universæ* étaient chargées de la taille, les cens dont parle l'article 30 pesaient uniquement sur le détenteur de certains fonds donnés par le seigneur à ses sujets. — Les Urbaines et le Terrier de 1742 énumèrent soigneusement les nombreux débiteurs de ces redevances. Voici quel était en 1711 le montant des rentes d'avoine perçues par la seigneurie :

Mairie d'Etuffont. — 90 quartes.
Giromagny. — 40 quartes.
Le Puy. — 84 quartes.
Vescemont. — 40 quartes.
Rougegoutte. — 11 quartes 3/8.
Grosmagny. — 5 quartes 2/3.
Chaux. — 73 quartes.
La Chapelle. — 30 quartes.
Sermagny. — 55 quartes 1/2.
Evette. — 72 quartes.
Eloye. — 26 quartes.
Valdhoye. — 11 quartes 1/4.
Mairie de Vézelois, } dans le bas Rosemont, 100 quartes.
Mairie d'Argiésans, }

(Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 14 à 18.)

(30) Dans le Rosemont la dîme se prélève au onzième et sur toute espèce de légumes et grains : froment, epeautre, seigle, sarrasin, avoine, navette, pois, lentilles, millet. — Le seigneur haut justicier entendit assujettir également à la dîme les pommes de terre, dont la culture récente dans la vallée soulageait la misère du peuple. Les gens de Giromagny contestèrent en 1729 la prétention des Mazarin. Ils succombèrent dans leur instance, parce que les autres communautés du Rosemont s'y étaient soumises sans résistance. Celles-ci, en 1742, lors de la confection du grand terrier de la seigneurie, voulurent revenir sur le passé et les faits accomplis. Mais on opposa à ces réclamations tardives les nombreux arrêts du conseil souverain qui légitimaient en Alsace la perception de la dîme sur les pommes de terre (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 11 et 12. — Arrêts notables, II, p. 183 et 300). — Le seigneur haut justicier entendit aussi prendre sa part du chanvre mâle, mais les préjugés judiciaires rendus en cette matière, et d'ailleurs tout favorables à ses sujets, ne lui permirent pas de s'engager utilement dans un procès (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 11 et 12. — Arrêts notables, II, p. 208). — Les mairies d'Argiesans et de Vèzelois obtinrent spécialement l'affranchissement de la dîme pour toute terre cultivée en légumes sur une étendue d'un demi-journal à un journal et demi (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 12). — Enfin l'ordonnance de 1687 avait exempté de la dîme pendant douze ans tout terrain défriché, l'eût-il été sans l'observation des formalités prescrites par la loi (Arrêts notables, II, p. 224).

Les seigneurs décimateurs du Rosemont étaient, en 1742, mademoiselle de Durefort de Duras, héritière des Mazarin, — le grand doyen du chapitre de Bâle, — les curés d'Etuffont et de Rougegoutte, — les chanoines

de Belfort, — les jésuites d'Ensisheim, — les dames d'Andlau et de Masse-vaux, — le baron de Landemberg, — le comte de Reinach de Roppe, — le comte de Reinach de Foussemagne, — M. de Ribeaulet, — etc., etc.

A la seigneurie de Rosemont appartenaient les deux tiers des grosses et menues dîmes sur les finages de Giromagny, Rougegoutte, Grosmagny et Vescemont; — des portions de dîme au Puy, à la Chapelle, à Chaux, à Sermagny et à Evette, — ainsi que dans les mairies d'Argiésans et de Vézelois; — enfin la moitié des dîmes de la mairie d'Etuffont. — L'étendue de ses droits fut souvent modifiée par des accords particuliers. — A partir de 1767, toutes les dîmes *novales* revinrent à la seigneurie du Rosemont.

Voici le montant de la dîme en seigle et en avoine, qui fut payée à la seigneurie du Rosemont pour l'année 1719, non compris les vins et la cire; 1 sol 10 deniers par quarte :

	Seigle.	Avoine.
Le Puy	80	80
Giromagny	28	00
Vescemont	59 2/4	47
Rougegoutte	36 1/4	00
Grosmagny	116 2/3	116 1/2
Sermagny	125 3/4	125 3/4
Chaux	101 1/4	101 1/4
La Chapelle	103 1/2	103 1/2
Evette	152 1/2	155
Etuffont-le-Haut (grêlé).	9 1/2	10 1/2
Petitmagny	12 1/2	13
Etuffont-le-Bas	13	13
Anjoutey	12 1/2	12 1/2

(Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 62.)

Ainsi que les corvées et les tailles, les dîmes étaient un impôt lourd et odieux aux populations. En 1742, celles du Rosemont, qui du reste n'ont jamais eu de tendresse pour leur seigneur, loin de faire l'aveu des dîmes et d'en vouloir constater la nature et l'espèce afin d'éviter toute contestation ultérieure, se bornent à répondre sèchement : « *Il suffit que nous les « payions.* » (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 12).

(31) Les maires levaient la dîme pour la seigneurie. Les autres décimateurs du Rosemont étaient tenus d'avoir pour cette collecte des préposés assermentés. Ceux-ci constataient, concurremment avec les maires et les bangards, les infractions au payement de cet impôt (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 11).

(32) Chaque sujet tenant ménage et ayant feu, même les filles et les veuves, portait à la Saint-Martin une poule à la maison seigneuriale du Rosemont, d'abord au château, ensuite à Giromagny, à la maison du roi (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 11). D'après la seigneurie, voici quel était en 1763 le chiffre des feux : 130 à Giromagny; — 46 à Auxelles-le-Haut; — 92 au Puy; — 59 à Rougegoutte; — 36 à Vescemont;

— 12 aux métairies de Vescemont ; — 53 à Grosmagny ; — 135 à Etuffont-le-Haut, Etuffont-le-Bas, Bourg, Anjoutey et Petitmagny ; — 11 à la Madelaine ; — 57 à Chaux ; — 58 à la Chapelle-sous-Chaux ; — 54 à Sermagny ; — 31 à Evette ; — 37 à Valdhoye ; — 15 à Eloye ; — 71 à Banvillars, Argiésans et Urcerey ; — 49 à Méroux ; — 59 à Vézelois : total : 1,000 (Archives du Haut-Rhin, C. 1098). Suivant les communautés qui réclamaient des délivrances forestières en proportion du nombre des feux, le chiffre aurait été beaucoup plus élevé : elles le portaient à 1,215 pour Giromagny, le Puy, Vescemont, Rougegoutte, Grosmagny, Chaux, Sermagny, Valdhoye, Eloye et Auxelles-le-Haut, c'est-à-dire pour la moitié seulement des villages du Rosemont (Archives du Haut-Rhin, fonds du Domaine, carton 4, dossier J). Les habitants de la mairie d'Etuffont payaient à la seigneurie à la saint Martin non pas seulement une mais deux poules ; la première à titre d'affouage et la seconde à titre de sujétion (Requête du 24 mars 1749. — Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 7).

Les sujets de la basse justice de Rougegoutte devaient à leur seigneur deux poules de fumée à Anjoutey et Etuffont-le-Bas, et trois et demie à Etuffont-le-Haut (Archives du Haut-Rhin, fonds du Domaine, carton 5, dossier N).

En 1780, la poule vaut 7 sols (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 5).

(33) Les Rosemontois autorisés, moyennant des redevances en planches et en vaisselle, à prendre du bois pour ces ouvrages dans les forêts domaniales, commirent, aux dires de la seigneurie, de si nombreux abus et de telles déprédations, que des entraves à l'exercice de cette faculté furent jugées indispensables à la conservation de la richesse forestière. Aussi, après qu'on eut ordonné dans le Rosemont la suppression de toute scierie inutile au service des mines, fut-il fait défense en 1557 par l'archiduc Ferdinand de confectionner des planches et des lattes pour les vendre hors de la vallée, et en 1573 par la régence d'Ensisheim, d'exporter de la vaisselle et des baquets de bois (Archives du Haut-Rhin, C. 424, et fonds Mazarin, L. 7 et 89). La fabrication de ces objets était de la sorte réduite aux besoins de la consommation locale.

(34) D'après la loi Salique (tit. XXIV), la loi des Allemands (tit. LXXXIII), et le Capitulaire de 813 (Baluze, I, p. 296, 80 et 334), chacun a, comme dans notre Coutumier, la faculté de construire un moulin sur son propre héritage. Frédéric Barberousse, en rangeant, à la sollicitation des comtes, barons et évêques, les moulins dans la classe des droits régaliens (*Liber feud.* lib. II, tit. LVI), permit au seigneur du Rosemont de changer la législation primitive, et par suite du nouveau principe, d'élever des moulins banaux à Etuffont-le-Haut, à Anjoutey, à Argiesans et à Giromagny. L'archiduc Ferdinand avait prescrit en 1567 (10 avril) d'en établir un par chaque trois villages du Rosemont. Les Mazarin essayèrent en 1693 de rendre banaux tous ceux qu'ils possédaient dans la vallée. Je ne sais ce qu'il advint de l'ordonnance de Ferdinand, mais la tentative des Mazarin échoua. La ba-

nalité ne resta obligatoire, à peine de 500 livres d'amende et de confiscation des grains, que dans les localités ci-dessus désignées. Tous les autres sujets du Rosemont étaient libres de s'adresser pour la mouture de leurs blés à des établisements soit domaniaux, soit particuliers, pourvu que leur choix ne portât point sur une usine située hors de la vallée. Ils payaient aux meuniers les droits de mouture, tels qu'ils avaient été fixés par les règlements archiducaux des 22 octobre 1534 et décembre 1570, c'est-à-dire au vingtième de la quarte (Cf. Loisel, *Instit. cout.*, 2, 2, 35. — Archives du Haut-Rhin, C. 424, fonds Mazarin, L. 11, 12, 57 et 59). En 1711, il existait dans les villages de Rougegoutte, Chaux, la Chapelle, Sermagny et Valdhoye des moulins appartenant à des particuliers qui payaient à la seigneurie une redevance annuelle en avoine ou en seigle (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 14 à 18).

(35) D'après la législation germanique, les eaux sont la propriété de tous, tout en devenant susceptibles d'appropriation privée par une possession biennale. (*Lex Burg., addit.* I, tit. 1, § 3.) L'Alsace suivit cette tradition pendant assez longtemps (cf. *Coutumes d'Orbey*, p. 35) ; et en ce qui concerne le Rosemont, on voit par les articles 36, 37, 49 et 53 du Coutumier que les eaux des rivières et ruisseaux étaient originairement livrées à l'usage commun sans entraves ni empêchement. Mais, ainsi que je l'ai déjà dit, une révolution survint. Fréderic Barberousse, en plaçant les eaux parmi les choses sans maître, permit aux hauts justiciers de recueillir à titre de droit régalien OMNEM UTILITATEM EX DECURSU FLUMINUM PROVENIENTEM (Craggius, *Feudor.*, lib. I, p. 119). En conséquence de ce principe nouveau, l'ordonnance archiducale de 1567 déclara toutes les eaux courantes du Rosemont propriété de la seigneurie. Cette suprématie, les Mazarin la firent consacrer par le conseil souverain tant à l'encontre des bas justiciers que des communautés (Arrêts des 27 février 1668 et 27 juin 1692). L'article 37 de la Coutume se trouva par suite modifié ; et dès lors les habitants de la vallée ne purent construire sur les rivières moulins, scierie, foulon, pilon à écorce ou autre usine travaillant par le secours de l'eau qu'avec le consentement préalable des officiers seigneuriaux et moyennant une redevance annuelle en seigle, avoine ou argent (Ord. du 10 avril 1567. — Archives du Haut-Rhin, C. 177, 424 et 1272, et fonds Mazarin, L. 11, 12, 57 et 66). J'ai indiqué dans la note précédente les moulins sujets à cette contribution. L'huilerie d'Eloyé, les scieries du Puy et de Vescemont l'acquittaient également (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 14 à 18. — Cf. Urbaire de Pfaffans en 1344, art. 3).

(36) A Rougemont, les gens de Saint-Nicolas gardaient le château à leurs frais (Urbaire de 1394. Archives du Haut-Rhin, C. 47), tandis qu'à Rosemont ce soin repose uniquement sur le lieutenant. Mais celui-ci en est dédommagé par une contribution. Les justiciables de la haute seigneurie lui donnent par ménage, au temps de la moisson, une gerbe des meilleurs grains ou 2 sols d'Allemagne pour se décharger personnellement du guet. Au commencement du dix-huitième siècle, le château de Rosemont tombait en ruine : on ne montait plus de garde. Les contribuables présen-

lèrent donc requête au conseil souverain pour être exonérés d'une redevance annuelle qui se trouvait n'avoir plus ni objet ni utilité. Cette demande, quelque légitimée qu'elle fût par le texte même de la Coutume, l'arrêt du 4 février 1739 la rejeta, en se fondant sur les usages anciens (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 7, 12 et 66). Les habitants de la mairie d'Etuffont payaient la gerbe comme les gens du haut Rosemont. Ceux des mairies de Vézelois et d'Argiésans montaient la garde au château de Belfort.

(37) Le 11 août 1566, un marché fut institué à Giromagny le samedi de chaque semaine. Il se tenait également dans cette localité quatre foires, les mardis précédant les Rameaux, la Saint-Jean, la Saint-Michel et la Saint-Martin. Ces foires pouvaient être recriées par le bailli du Rosemont sur la réquisition des maire, jurés et négociants de Giromagny.

(38) Cette partie de l'article 48 a été modifiée par les actes des 12 mai 1515, 20 août 1562, 18 avril 1580, 18 juin 1597, 25 mars 1599, 1er avril 1604, 19 avril 1618, 19 mars 1620 et 22 mars 1631, qui ont successivement réglementé pour le Rosemont le droit de boucherie dans un sens restrictif de la liberté (Archives du Haut-Rhin, C. 113; fonds Mazarin, L. 59. Voir *Coutumes d'Orbey*, p. 39, note 48). La seigneurie avait édifié à Giromagny une boucherie qui était affermée à un ou plusieurs individus, et où devaient s'approvisionner les sujets des hautes et basses justices, à peine de 10 livres baloises par chaque contravention. Quoiqu'on ne leur permît point d'établir de boucheries particulières et libres, ils étaient cependant autorisés par le bailli à tuer des bestiaux en cas d'accidents, et à en débiter publiquement la viande après visite de cette marchandise par les maires et jurés. Les Rosemontois auraient aimé à procéder de même pour les animaux qu'ils engraissaient. Mais la seigneurie ne consentit jamais à souffrir cette atteinte à sa banalité et maintint avec fermeté les privilèges des bouchers seigneuriaux. Ceux-ci, en retour de leur monopole, étaient astreints à l'obligation d'avoir tous les jours, et particulièrement le samedi, de la marchandise de toute espèce et de bonne qualité, afin de satisfaire le public, et de se conformer au prix de vente arrêté par le bailli et les taxeurs jurés (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 11, 12 et 58. — Cf. *supra*, note 1). A partir du 13 mars 1723, leur étal dut être fermé le dimanche et les jours de fête pendant l'office divin (Ord. d'Alsace, II, p. 411).

(39) La seigneurie ayant affirmé son droit de propriété sur les eaux des rivières du Rosemont et l'ayant fait constater judiciairement tant contre les communautés que contre les bas justiciers, il ne fut plus permis aux sujets d'arrêter le cours des eaux pour féconder leurs prés par des irrigations, ainsi que le permettait l'article 49 du Coutumier. On ne leur laissa cette faculté qu'en temps d'extrême abondance, lorsque l'arrosage ne devait gêner en rien le service des mines de Giromagny et des forges de Belfort. Tout détournement des eaux durant l'été rendait les contrevenants pas-

sibles d'amendes et de dommages-intérêts envers la seigneurie (Archives du Haut-Rhin, C. 177 et 1272. — Fonds Mazarin, L. 11, 12, 57 et 66).

(40) La coutume de Rosemont est très-pauvre en droit civil. L'article 51 est un des rares articles qui s'en occupent. Il règle le régime successoral, et encore d'une façon imparfaite, par une référence à une lettre archiducale. Cette lettre, qui n'existe actuellement ni dans les archives de la mairie de Giromagny, ni dans celles de la préfecture du Haut-Rhin, émanait de l'archiduc Léopold : elle est rappelée et confirmée par la patente de l'archiduc Sigismond en 1467 (Voir l'Introduction, § 5). Elle a affranchi les Rosemontois de la mainmorte. Or, les effets de l'abolition de la mainmorte sur le régime successoral sont nettement caractérisés et définis, tant par l'Urbaire de Pfaffans que par la charte de Belfort, et leurs textes que voici peuvent utilement suppléer la perte de la lettre archiducale. Urbaire de Pfaffans, anno 1344, art. 21 : « *Il n'y a point de mainmorte ou ser-* « *vitude dans toute la paroisse de Pfaffans, mais l'un hérite l'autre jusqu'au* « *neuvième degré.* » — Charte de Belfort, anno 1307 : « Après si aucugu « borgoys ou borgeoise ou des habitans esdits lyeu (de Belfort) mourait « sans hoirs de son corps, tous ses biens meubles et héritaiges doivent se « passer et être à plus prochain de son parenté, selon le droit de succes- « sion de lignaige, si ainsi n'était que celuy qui mourait en ordonnait aul- « trement ; ni nous ni nos successeurs, qui seront seigneurs de Belfort, ne « réclame les biens qui demeureront deceluy ou celle qui mort sera par « coustumes ni par aultres raisons quelle quellesoyt ou quelle puisse estre, « ni ès meubles ès héritaiges ni ès conquêts. Et ce aucung qui ne serait de « léal mariage moarait sans hoyrs de son corps, tous ses biens meubles et « héritaiges doibvent estre au seigneur saulf ce que sa femme doibt tenir « son douaire à sa vie et après sa mort doyt repérier au seigneur. » Ainsi, dans le val de Rosemont, les successions se partageaient par égales parts entre tous les enfants indistinctement sans aucun privilége de masculinité, d'aînesse ou de juveigneurie (sur la juveigneurie, voir mes *Coutumes d'Orbey*, p. 41), et leurs droits héréditaires se réglaient dans les premières années du dix-huitième siècle par des actes sous seing privé, quelquefois même sans aucun écrit, verbalement, et ces conventions verbales étaient saintement respectées.

J'ajouterai, pour combler les lacunes de la coutume, que dans le Rosemont les rapports pécuniaires des époux n'étaient jamais fixés par un contrat de mariage. La pratique de cette convention y était totalement inconnue, ainsi que l'attestent les registres des anciens notaires du pays. La communauté matrimoniale était régie uniquement et dans tous les cas par la coutume de Ferette, sur laquelle j'ai donné des détails dans mes Coutumes du val d'Orbey (p. 53). Je renverrai également le lecteur à ce travail pour tout ce qui concerne la représentation, les retraits et les donations entre époux.

(41) La mairie d'Etuffont, détachée en 1354 de la seigneurie de Rougemont pour être annexée à celle du Rosemont, demeura toujours astreinte au BANVIN. On entend par *Banvin* le droit pour le seigneur de vendre

seul du vin pendant un temps plus ou moins long, ordinairement quarante jours. La mairie d'Etuffont racheta le banvin moyennant la contribution fixe de 2 livres 10 sols bafois (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 12). Dans le bas Rosemont, la mairie de Vézelois-Méroux payait également pour banvin à la seigneurie 2 florins ou une charrée et demie de vin blanc (*Loc. cit.*, L. 14 à 18).

(42) L'*Engall*, *Umgeld*, *Weingeld* ou *Maasphenning*, impôt sur la vente en détail des vins, fut introduit dans le Rosemont et les autres possessions patrimoniales de la maison d'Autriche à partir de 1563. Il fut primitivement levé pour subvenir aux frais de la guerre contre les Turcs. Les besoins incessants d'argent firent maintenir cette contribution sur les cabaretiers (Archives du Haut-Rhin, C. 250 et 258. Cf., note 1). Elle persista sous la domination française au profit du roi, ainsi que l'atteste le règlement suivant publié à Giromagny pour la police des cabarets et des boulangeries :

« Premièrement les cabarestiers jurez avant que mettre le vin qu'ils « veuillent vendre en destail, en cave, le font cranner par le commis des « fermiers du roy, pour lequel effet ils doivent pour le DROIT DU ROY, de » chaque tinne douze solz six deniers balloix, et après le vin leur est taxé « par deux taxeurs establys et jurez l'un par les officiers des mynes et « l'autre par celui de Rosemont, qui, suivant que le vin couste et distance « du lieu où on le va quérir, leur est taxé; pourquoy ils en tirent une « pinte et un pain. Par exemple : le vin coustant, la tinne, à Thannes, « 3 d., on paye pour le charoit, péages et despens, pour chaque tinne, « 1 denier 5 schellings ; pour le *droit du roy* 12 ss. 6 d., et pour tout gain « et profit desdits cabarettiers 12 ss. 6 d. ; qui font en tout, 5 d. 10 ss. ; de « sorte que la pinte, estant au nombre de trente-six dans la tinne, peut être « taxée 3 ss. 2 d., et ainsi à proportion, des autres prix et distance des lieux.

« Il n'est permis auxdits cabarettiers de cuire du pain pour débiter en « leurs logis ; ainsi le doivent prendre chez le boulanger, pour lequel « subjet ils tirent de chaque sol de pain 2 d.

« Comme aussy ne doivent tuer bœufs, vaches, moutons et veaux, pour « les débiter en détail dans l'hostellerie, sans le consentement des bou« chers establys ; sinon en un festin de nopces, ou solennité du lieu, en « quel cas il est permis.

« Est déffendu aux cabarettiers d'entretenir et bailler à boire, sans né« cessité, aux personnes du lieu en leur logis, passées les dix heures du « soir, et pendant le service divin, aux jours de feste.

« Sont obligez fournir et bailler du vin, à un chacun, pour l'argent, hor« mis es temps déffendus, sans aucune envie ny hayne.

» Leur est déffendu sur peine de grands chastaix, frauder leur vin, soit « en y meslant de l'eau, soit en distribuant du moindre et le faire passer « pour bon.

« En outre doivent faire conster le prix du vin par leur foy, ou attesta« tion des lieux où on l'aura achepté, afin de s'y régler pour la taxe.

« Finalement sont obligez de vendre vin un an et jour, sur peine de l'a« mende, ainsi qu'il s'est observé de toute ancienneté.

« Pour les boulangers, trois taxeurs estant commis, deux des officiers « des mynes, et un de celuy de Rosemont, sont obligez, tous les samedys, « non seulement peser le pain des boulangers qui n'estant de la pesanteur « qu'ils sont tenus de les vendre, sont amendables : encore visiter les poids, « aulnes et autres mesures de merciers et marchands, qui tiennent « leurs marchandises en vente sur le marchef, qui, recogneus en faute, en « sont punys, par lesdits officiers des mynes et celui de Rosemont, qui en « jugent, en telle matière, conjointement.

« Chaque année, lesdits officiers s'assemblants ensemble y font appel- « ler par le sergent des mynes les brodmeisters et Eschevins des mynœurs « avec les trois taxeurs susmentionnés, où on règle les mesures des caba- « rettiers de Giromagny et du Puix, les aulnes, poids et balances des me- « sures non seulement du lieu, mais encor des estrangers, et chaque par- « tie est punie suivant la faute qui se trouvera. » (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 89.)

(43) Il était défendu, sous peine d'amende et de confiscation, d'exporter le bétail hors du Rosemont pour en faire trafic (Mandements de 1515, 1527, 1528, 1529, 1555, 1597 et 1599). Et tout commerçant qui faisait passer des bestiaux par la vallée sans les vendre à ses habitants payait, à titre de péage, pour un bœuf 2 deniers, pour un porc 1 denier, et pour un mouton 1 denier (Mandement de 1645). Nouvel arrêté pénger promulgué en 1600 par l'archiduc Rodolphe (Archives du Haut-Rhin, C. 177, 179, 350 et 654. — Fonds Mazarin, L. 89).

Voici les péages qu'on acquittait dans le Rosemont en 1742 :

Pour un cheval, par l'acheteur et le vendeur, 1 sol ;

Pour le menu bétail : porc, mouton, brebis, 3 deniers ;

Pour une bête à corne, 4 deniers ;

Pour le déchargement d'un chariot garni de denrées ou de marchandises, 6 deniers ; le double, les jours de foire ou de marché ;

Pour le déchargement d'une charrette garnie de marchandises, 3 deniers : le double, les jours de foire ou de marché ;

Pour le ban et étal de marchandises sur le marché, 3 deniers ;

Pour exposition d'étoffes à vendre sur le marché, 6 deniers ; et les jours de foire, 3 sols 4 deniers ;

Pour un chariot chargé d'écorce, 6 deniers ;

Pour une charrette chargée d'écorce, 3 deniers ;

Pour vendre volailles, œufs et beurre, les jours de marché 1 denier, et les jours de foire 2 deniers ;

Pour revendre ces comestibles après achat, 1 creutzer ;

Pour achat d'étoffe par chaque aune, 1 denier ;

Pour achat de chaussures par paire, 1 denier ;

S'il y a plusieurs achats près de différents marchands, autant de deniers sont dus ; tandis qu'il n'est dû qu'un seul denier, s'il y a plusieurs achats près du même marchand.

Les gens du Rosemont doivent ces droits à Belfort : ils ne les acquittent

à Giromagny que les jours de marché et de foire. Les forains les payent en tout temps.

Vers le milieu du dix-huitième siècle, les Rosemontois firent effort pour s'exonérer des droits de péage et de menues ventes, comme des droits d'éminage, de châtrerie, de guenilles. — La seigneurie répondit à cette prétention par ses arguments accoutumés et maintint de force ces entraves à la liberté du commerce, trouvant que les communautés du val « *avaient « bien de la hardiesse à vouloir se mettre de pair avec les bourgeois de la ville « de Belfort, sans être munies des priviléges et coutumes de ces derniers.* » (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 11 et 12.)

(44 et 45) Dans la vallée du Rosemont, la pêche et la chasse ont une histoire commune : mêmes débuts, mêmes péripéties, mêmes résultats derniers. Elles ont passé du régime de la liberté à celui des restrictions pour revenir encore à la liberté. Comment, par quelles causes et à la suite de quels incidents, ces révolutions se sont-elles accomplies ? Je vais le narrer avec toute l'exactitude et toute la brièveté possible.

On sait que les lois romaines (Inst., lib. II, tit. 1, § 12) et barbares (L. Rip., tit. LXXVI) avaient classé, au nombre des droits naturels, la pêche et la chasse, ces plaisirs si passionnément recherchés par l'homme. Au treizième siècle, le Miroir de Souabe répète (1re partie, C. 356, édit. Senckenberg) : « Dieu en créant l'homme lui donna pouvoir sur les poissons « et les oiseaux, ainsi que sur tous les autres animaux. » Cette doctrine avait dès cette époque reçu des atteintes considérables. Les royautés mérovingienne et carlovingienne s'étaient réservé d'immenses garennes de chasse et de pêche (Ducange, v° *Foresta*). A leur imitation, les petits dynastes allemands désirèrent de semblables prérogatives dans le territoire de leurs seigneuries ; et ils obtinrent en 1152 de l'empereur Frédéric Barberousse que la chasse et la pêche fussent comptées parmi les droits régaliens (Goldast, *Constit. imper.*, partie 2, p. 11. — Craggius, *Lib. feud.*, I, p. 119. — *Lib. feud.* II, tit. LVI). — On appliqua au gibier et au poisson la théorie des vacants (Voir *suprà*, note 14), des choses sans maître connu, lesquelles appartiennent, en vertu de la suprématie territoriale, au seigneur haut justicier dans le district duquel elles se trouvent. Leur appréhension sans son autorisation constitua un délit puni, pour la chasse, d'une amende de soixante sous, et pour la pêche, d'une amende de trois sous (Miroir de Souabe, 1re partie, C. 356, 365 et 221). Cette théorie, opposée aux antiques traditions de l'Alsace, ne fit son chemin dans cette province, ni partout, ni au même moment (cf. *Coutumes d'Orbey*, notes 34 et 37). Elle n'avait pas encore pénétré dans le Rosemont lors de la rédaction de son coutumier, c'est-à-dire vers la fin du quatorzième siècle. Alors le seigneur haut justicier n'y possède exclusivement ni garenne de chasse, ni garenne de pêche, puisque *tous les habitants du Rosemont* jouissent, d'après les articles 53 et 54, de la franchise de la pêche (cf. Urbaire de Belfort de 1473. — *Revue d'Alsace*, 1860, p. 159), et d'après les articles 55 et 56, de la franchise de la chasse. Il n'y a d'exception que pour une certaine nature de gibier, à l'occasion de laquelle il est dû à titre d'hommage régalien une faible redevance, tant par les sujets de la haute justice

de Rosemont que par ceux de la basse justice de Rougegoutte (Enquête de 1483. — Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 77).

En 1565, la régence d'Ensisheim dont la mission était de donner aux droits utiles de la seigneurie du Rosemont toute l'extension qu'ils comportaient, brisa ces vieilles franchises et immunités coutumières. Au nom de l'archiduc, elle interdit à tous les vassaux du domaine et la chasse dans toute l'étendue de la vallée, et la pêche dans tous les cours d'eau.

Cette défense inattendue compliqua d'un nouvel élément de discorde la lutte déjà engagée entre le seigneur et ses sujets à propos des usages forestiers. Elle vint imprimer à cette lutte une vigueur et une irritation plus grande (Voir note 20).

Pour la revendication de leurs droits à la chasse et à la pêche, les Rosemontois suivirent la même marche que pour la revendication de leurs usages forestiers.

Une députation des communautés de la vallée se rendit à Ensisheim, afin de protester contre la double prohibition, en s'appuyant sur le texte formel du statut et sur une possession séculaire incontestée. L'archiduc Ferdinand, auquel il fut rendu compte de cette démarche, couvrit bientôt après de sa haute autorité la mesure prise par ses officiers (10 avril 1567). En effet il notifia aux Rosemontois qu'à ses yeux « le titre sur lequel ils « fondaient leurs prétentions au libre exercice de la pêche et de la chasse, « loin d'être incontestable, ne présentait qu'une mauvaise énumération de « leurs coutumes et usages, tels qu'ils les avaient eux-mêmes rédigés pour « leur profit et celui de leurs descendants; qu'il était contraire aux anciens « urbaires de la seigneurie du Rosemont; que ni lui ni ses successeurs ne « pouvaient le tenir pour suffisant et démonstratif, tout en leur conservant « les franchises et grâces spéciales accordées par feu l'archiduc Léopold; « *mais que* QUANT A LA PÊCHE ET AUX EAUX POISSONNEUSES, *les eaux du « Rosemont appartenant à la seigneurie, il ne reconnaissait à ses sujets aucun « droit particulier, puisqu'ils n'en présentaient pas titre suffisant, et que par « conséquent on s'en tiendrait désormais au règlement suivant. Toutes les « eaux et ruisseaux du Rosemont seront mises en ban et défends. Dorénavant « personne, ni mineur, ni sujet du pays ne pourra y pêcher avec filets, ni « détourner les eaux, ni pêcher à la main, ce qui a entraîné jusques ici la dé- « vastation des eaux. On n'y pêchera plus à l'avenir qu'à l'étiquet, le moins « meurtrier de tous les filets, seulement deux fois par semaine, le mercredi et « le vendredi, jours d'abstinence, et uniquement pour les besoins privés et « sans faire commerce du poisson. Les contrevenants seront jugés et punis, « les paysans par le grand bailli et les mineurs par le juge des mines. La « seigneurie se réserve en outre d'affermer ou de conserver la pêche, selon les « circonstances. — QUANT AU DROIT DE CHASSE, l'ancien Urbaire dit que « quand le seigneur veut chasser, les sujets du Rosemont sont tenus de l'aider. « Ils cesseront donc désormais de chasser du gibier rouge ou noir, ce qui du « reste est plus nuisible qu'utile à leurs autres travaux. Mais pour que ni eux, « ni leurs bêtes, ni leurs biens ne reçoivent dommage du gibier noir, des loups « ou autres animaux malfaisans, il sera organisé des battues pour les dé- « truire, et à l'occasion de ces battues il sera fait don aux sujets d'une pièce*

« *de gibier selon les circonstances et le bon plaisir* » (Archives du Haut-Rhin, C. 424).

Quelques mois après la notification de cet important rescrit archiducal, Ferdinand rendit (16 octobre 1567), en vue de la conservation du gibier, l'ordonnance suivante :

« 1° Si quelqu'un, de quelque qualité et condition qu'il soit, s'avise de « chasser, de tirer ou prendre du gibier ou des bêtes fauves dans nos pays « antérieurs d'Autriche sans notre permission, ou en notre absence sans « celle de la régence de nos pays antérieurs d'Autriche, que le coupable « soit constitué prisonnier par notre intendant des bois et forêts, par le « garde-chasse à cheval et forestier, avec l'assistance des préposés des « lieux où le délit sera commis ; que cette contravention soit dénoncée à « notre régence, qui aura droit et pouvoir de punir le coupable, selon « l'exigence des cas et suivant la qualité des personnes ; que le coupable « passe acte judiciaire dans lequel seront insérés les faits et la promesse par « serment de ne pas récidiver, de ne pas tirer vengeance des juges et pré- « posés, non plus que des personnes qui auront procédé à son arres- « tation.

« 2° Si le coupable tombe en récidive et est constitué prisonnier une « seconde fois, notre régence le punira pour ce fait délictueux et dans sa « personne et dans ses biens, par exemple par l'exposition au carcan ou « autre châtiment, toutefois en ayant égard à l'exigence des cas et à la « qualité des personnes. Notre régence lui défendra également de porter « jamais un fusil. Elle lui fera encore passer acte où l'on mentionnera les « circonstances de la contravention et où le coupable s'engagera par ser- « ment à ne pas tirer vengeance des poursuites exercées contre lui.

« 3° Si quelqu'un est emprisonné une troisième fois pour délit de chasse, « notre régence procédera dans ce cas contre le coupable au criminel « comme contre un parjure et un faussaire ; et elle le punira suivant les « pratiques en usage dans la province.

« 4° Comme ces braconniers n'ont d'ordinaire point de domicile et louent « une habitation dans la maison d'autrui, nous voulons, pour mieux répri- « mer les délits de chasse, que les peines ci-dessus édictées soient appli- « quées non-seulement à ces braconniers, mais encore aux cabaretiers et à « toutes autres personnes qui leur donnent retraite. Nous enjoignons aux « gens domiciliés de ne pas leur fournir refuge et de ne pas louer leurs « maisons à de pareilles personnes sans la permission de nos préposés; et « quand il arrive de telles gens dans nos pays antérieurs, villes, bourgs « ou villages pour louer des maisons, ceux auxquels elles s'adresseront se- « ront tenus d'avertir préalablement nos préposés, et de leur présenter ces « étrangers, afin que nos officiers obtiennent de ces étrangers l'engagement « par serment de ne point porter fusil dans les bois et forêts, de ne pas « tirer du gibier et de ne pas lui causer dommage. Nous enjoignons aux « loueurs de maisons d'avoir l'œil sur la conduite de leurs locataires, afin « que si ceux-ci quêtaient le gibier, ils avertissent nos officiers, sous peine « d'être punis et emprisonnés comme les braconniers eux-mêmes, dans le

« cas où la régence aurait connaissance, en dehors de leurs déclarations, « des délits commis par leurs locataires.

« 5° *La présente ordonnance ne portera point préjudice à ceux qui se trou-* « *veront privilégiés et auront le droit de chasse justifié par titres valables.*

« 6° Nos officiers veilleront à ce que les sujets n'entretiennent pas de « chiens portant préjudice au gibier, et s'ils en trouvent, ils feront en sorte « que les sujets s'en défassent. Quant aux chiens entretenus pour la garde « des maisons et des champs, notre intendant des bois et forêts en per- « mettra un certain nombre dans chaque village, selon les besoins de « chaque particulier, en ayant soin que ces chiens ne fassent pas tort au « gibier. Il prescrira aux sujets d'attacher des mailloches au cou de leurs « chiens pendant les temps prohibés, pendant surtout que les biches et « chevrettes mettent bas leurs faons, c'est-à-dire depuis la fête de la « Saint-Georges à la fête de la Saint-Jean-Baptiste. Nos sujets qui auront « des chiens à leur suite pour la garde du bétail les devront tenir à « l'attache, pour qu'ils ne puissent poursuivre le gibier. Aucune autre « personne, notamment ceux qui conduisent des voitures dans les bois et « forêts pour y chercher du bois, ne devra jamais avoir de chiens à sa « suite. Quiconque contreviendra à cette défense, et quiconque ne fera « pas attacher des mailloches au cou de ses chiens durant les saisons pro- « hibées, payera à notre intendant une amende de deux livres staëbler.

« 7° Nous défendons à tous de porter fusil dans les bois et forêts, et « même dans la campagne, alors même que ce fusil chargé serait destiné à « tirer en l'air, à peine contre le contrevenant d'une amende de dix livres « staëbler et de la confiscation de son arme.

« 8° Nos agents forestiers veilleront à ce que les haies construites dans « les forêts pour servir à la chasse ne soient ni rompues ni endommagées, « et à ce qu'on ne coupe aucun bois à cinq pas de distance en deçà et au « delà desdites haies, sous peine de dix livres staëbler d'amende. Ils « veilleront également à ce qu'on ne coupe point de bois près des gîtes « des lièvres, à peine de trois livres staëbler d'amende.

« 9° Ils auront soin aussi qu'on ne gâte, ni n'emporte, ni prenne du « gibier de plume, à peine de cinq livres d'amende contre le délinquant.

« 10° Quiconque trouvera du gibier tué, sera tenu d'avertir immédiate- « ment les préposés et officiers des juridictions où le gibier aura été tué. « Ceux-ci conjointement avec le plus prochain forestier et une ou deux « personnes honorables feront une enquête pour savoir si le gibier a été « tué et par qui ; s'il a été forcé par les chiens et à qui appartiennent les « chiens ; ou si le gibier s'est abattu de lui-même. Ils informeront du tout « notre intendant ; ils feront remettre à ce dernier le gibier trouvé et « donneront une gratification au dénonciateur aussi bien qu'aux assistants « à la visite. La peau et le droit du chasseur seront remis et délivrés au « forestier ou garde-chasse. Pareil gibier trouvé frais dans les environs « d'Ensisheim, sera transporté dans cette ville et remis à notre gouverneur « provincial après avis à notre intendant des eaux et forêts. — Quiconque « trouvera du gibier tué et le retiendra sans le dénoncer sera mis à « l'amende de trente livres staëbler.

« 11° Nous ordonnons que personne à l'avenir ne contrevienne à ce qui « vient d'être ci-dessus édicté. — NOUS DÉFENDONS A QUI QUE CE SOIT DE « S'ATTRIBUER LE DROIT DE CHASSE DANS NOS BOIS ET FORÊTS SANS EN « AVOIR PRÉALABLEMENT OBTENU PERMISSION DE NOUS OU SANS Y ÊTRE « FONDÉ EN TITRES AUTHENTIQUES, SUFFISANTS ET VALABLES, ÉMANÉS DE « NOS PRÉDÉCESSEURS OU EN POSSESSION IMMÉMORIALE. — Nous défendons « enfin de porter à notre intendant des eaux et forêts aucun obstacle ou « empêchement pour l'exécution de nos commandements. » (Archives du Haut-Rhin, C. 424, et fonds Mazarin, L. 66.)

Ainsi, par la notification du rescrit archiducal du 10 avril 1567 et par celle de l'ordonnance générale du 16 octobre suivant, la seigneurie du Rosemont affirme que la chasse et la pêche, dans toute l'étendue de son domaine, sont ses droits exclusifs, les attributs de sa haute justice et les bénéfices de son fisc. Elle interdit à tous, bas justiciers et vassaux, leur exercice qui jusques alors a été libre et paisible. Enfin comme couronnement, elle édicte contre les contrevenants des peines d'une excessive sévérité.

Cette défense générale ne fléchit que dans deux cas déterminés : quand il y a permission spéciale à certains privilégiés, par exemple le sieur Hafer et les officiers de Belfort accompagnant le landvogt de la haute Alsace, ou bien quand il existe titre ou possession immémoriale de ces droits de chasse et de pêche au profit des sujets d'une seigneurie (24 décembre 1568. — Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 66).

Ainsi que je l'ai déjà dit, les Rosemontois réclamaient cette double faculté en se prévalant du texte formel de leur coutume et d'un usage séculaire incontesté. Cette prétention, condamnée une première fois par le rescrit archiducal et l'ordonnance de 1567, le fut une seconde par les instructions spéciales de la régence, qui enjoignit, les 8 avril, 28 mai et 24 décembre 1568, aux officiers de Belfort de tenir vigoureusement la main à ce que les sujets des haute et basse justices du Rosemont ne tuent point de gibier, ne prennent ni ne vendent point de poisson, à peine de châtiment pécuniaire ou corporel suivant la gravité du forfait (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 11 et 66).

Bas justiciers, maires des communautés, banneret de Giromagny et vassaux, loin de courber la tête devant ces injonctions, s'attachent à la défense obstinée de leurs vieilles franchises et organisent de concert pour la chasse et la pêche, comme pour les forêts, la résistance aux nouveaux édits. Aux conciliabules secrets, aux propos séditieux, succèdent les menaces et les voies de fait (Octobre et décembre 1569. — Voir *supra*, note 20). On va jusqu'à signifier au grand bailli de Belfort, en lui remettant une copie des usages locaux approuvée par l'archiduc Sigismond, qu'à l'avenir ils seront suivis purement et simplement comme par le passé et sans aucune préoccupation des ordonnances. En un mot, l'effervescence et l'irritation arrivent à des limites telles que le grand bailli Ulric de Stadion et le lieutenant du Rosemont Hügelin Bordenet, redoutant des désordres plus grands encore que les précédents, jugent à propos de parcourir les villages pour calmer les esprits et dissiper l'agitation. Plus effrayés que rassurés sur l'état de la vallée, ces officiers, après leur rapide excursion, supplient

la régence de mettre fin sans retard à cette situation désolante (4 décembre 1569. — Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 89). Leur remontrance jeta les conseillers d'Ensisheim dans un extrême embarras. Céder à l'émeute, c'était faiblesse et mépris de la volonté archiducale; résister, c'était fouler aux pieds des droits acquis et achever de jeter la population dans le désespoir. La temporisation leur parut, au milieu de cette conjoncture délicate, le parti le plus sage et le plus sûr pour atteindre le but souhaité. A cette fin donc ils estimèrent utile, avant de frapper les rebelles des sévérités de la loi, de faire réitérer dans le Rosemont, par l'*Untermareschal* de la chambre, la promulgation des édits impériaux, en ajoutant aux prohibitions ce correctif : « *Sauf aux sujets de la seigneurie à faire statuer « sur leurs droits s'ils ont privilége spécial.* » (7 et 12 décembre 1569. — Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 66.) On conviait ainsi les Rosemontois à une procédure qu'on considérait comme un moyen salutaire pour endormir la résistance. Cette procédure fut entamée dès le mois suivant.

On continuait en effet et nonobstant les ordonnances à chasser et à pêcher dans le Rosemont. Six chasseurs s'étant rendus au château de Belfort, pour y porter la part obligée de venaison, les pattes de devant d'un sanglier, eurent, paraît-il, le tort de joindre à leur oblation quelques propos insolents et une attitude si moqueuse que le grand bailli les fit arrêter et incarcérer (21 janvier 1570).

A cette nouvelle, les communautés de la vallée prirent le fait et cause de leurs prisonniers. Des députés s'en allèrent à Ensisheim avec la double mission de réclamer et la mise en liberté des détenus et la confirmation expresse des droits de chasse et de pêche.

Après quelques hésitations, il fut fait droit à la première partie de leur demande par la relaxe des détenus (10 février 1570).

Mais avant de statuer sur la deuxième, la régence consulta pour gagner du temps le grand bailli de Belfort, qui, sous la date du 28 janvier 1570, lui transmit la réponse suivante : « La chasse et la pêche n'appartiennent « qu'au seigneur haut justicier du Rosemont. — Nous n'avons jamais eu- « tendu dire que les sujets de ce domaine aient eu la liberté de chasser et « de pêcher et nous n'avons jamais vu le titre d'une pareille franchise. Nous « CROYONS QU'IL Y A BIEN LONGTEMPS, ALORS QUE LES MONTAGNES DE LA « VALLÉE ÉTAIENT COMPLÉTEMENT COUVERTES DE BOIS ET QUE LE GIBIER Y « CAUSAIT DES DOMMAGES PAR SA SURABONDANCE, LA SEIGNEURIE PERMIT « AUX ROSEMONTOIS DE LE CHASSER ET LE PRENDRE. CELA A PU DURER « JUSQU'A CES DERNIERS TEMPS. Mais, comme notre gracieux seigneur, en « sa qualité de prince territorial, a daigné dans sa sollicitude paternelle et « dans l'intérêt des mines, prendre de nouvelles mesures de bonne police, « créer des garennes de chasse et de pêche en mettant les bois et les eaux « [en défends, il m'a été à moi grand bailli sérieusement imposé de tuer les « bêtes malfaisantes et nuisibles. Par conséquent, il a été défendu aux « sujets de chasser désormais... et d'user de la pêche sans mesure (Ar- « chives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 66).

Munie de cet avis ambigu, la Chambre impériale repoussa, par ces consi-

« dérants, la requête en confirmation des franchises de la chasse et de la « pêche : « L'approbation donnée par l'archiduc Sigismond à la Coutume « du Rosemont, étant générale et ne renfermant aucune mention relative « à ces droits, ne prouve donc rien quant à leur existence au profit des « sujets. D'ailleurs, le Coutumier sur parchemin est lui-même *privata* « *scriptura*, puisqu'il est sans date, sans consécration de la seigneurie, sans « signature et sans sceau. Les sujets ne s'en peuvent prévaloir en droit. « S'ils ont quelque autre privilége ou concession, ils doivent présenter cette « pièce, et, en attendant, s'en tenir à la mesure prise antérieurement. » (31 janvier 1570. — Archives, *loc. cit.*)

Déboutés de leurs prétentions à la chasse et à la pêche faute d'un titre jugé suffisant et authentique, les députés rosemontois, sans perdre ni temps ni courage, offrent de justifier de ces droits par une autre preuve légale : la possession immémoriale. En demandant enquête, ils représentent à la Régence « que pendant que le seigneur de Morimont possédait en engage- « ment la seigneurie du Rosemont, ce qui s'étend au delà de mémoire « d'homme, leurs concitoyens n'ont jamais été inquiétés dans l'exercice de « la chasse ; qu'ils ont toujours agi au sçu du seigneur de Morimont et de « ses officiers, auxquels ils remettaient pour son droit la partie antérieure « de l'animal ; qu'ils ont joui de ce droit en vertu de la confirmation et de « la possession immémoriale ; qu'ils ignorent s'ils ont reçu une concession « écrite particulière ; mais que le lieutenant du Rosemont, Jacques de « Saint-Egmond, mort peu de temps avant la défense de chasser, avait of- « fert à quelques jurés, si on voulait lui faire cadeau d'un cheval de 40 à « 50 couronnes, de faire obtenir cette lettre de franchise, et qu'il était dé- « cédé à la suite de cette offre. » (3 février 1570. — Archives, *loc. cit.*)

La Chambre impériale se montra fort surprise de pareille allégation. Avant d'en tenir compte et d'accorder l'enquête sollicitée, elle consulta le grand bailli de Belfort sur l'opportunité de cette mesure par une lettre dont j'extrais ce curieux passage : « Quant à la supplique des Rosemontois « qui demandent, en l'absence d'un titre écrit, la permission de prouver « leurs droits et leurs usages constants de la chasse, il peut être bon et « prudent de leur refuser l'enquête sur ce point ainsi qu'au sujet de l'or- « donnance forestière, parce que s'ils arrivaient à établir suffisamment leurs « prétentions, ils insisteraient d'autant plus et avec d'autant plus de force « sur la possession. Il peut être dangereux de leur accorder cette demande. « Notre opinion est que tu t'informes en particulier près des officiers et « d'autres personnes de confiance pour savoir ce qu'il en est au fond des « droits que les sujets s'arrogent sur la chasse ; si ceux-ci peuvent exclure « le seigneur ; si auparavant les seigneurs engagistes ont chassé avec eux « et à côté d'eux ; si les Rosementois reconnaissent cet état de choses ; de- « puis combien de temps ils le possèdent et en jouissent ; s'il y a probabi- « lité qu'ils puissent en administrer une preuve suffisante ; et, dans le cas où « l'on aurait à craindre ce résultat, s'il ne serait pas plus avantageux et plus « prudent de leur confirmer ce droit sur certains points particuliers ou pour « un temps déterminé, ou bien si l'on pourrait leur donner quelque compen- « sation pour ce droit de chasse. » (10 février 1570. — Archives, *loc. cit.*)

Le bailli de Belfort, Ulric de Stadion, répondit à la Régence (2 mars 1570, Archives, *loc. cit.*) par un très-long mémoire. En voici les fragments principaux :

« Quant à la chasse, les sujets du Rosemont ont, de temps immémorial, « traqué en hiver le sanglier dans les montagnes de la vallée. Mais je ne « crois pas qu'ils puissent prouver par écrit cette franchise, ni l'obligation « pour la seigneurie de leur accorder cette faculté. A la vérité, l'ordon- « nance de 1567 porte, § 11 : *Que personne ne s'arroge dans nos forêts des « droits de chasse sans notre consentement, à moins d'y être fondé en titre « authentique ou en possession immémoriale.* Interpréter et apprécier ces ex- « pressions c'est chose délicate et difficile, et je vous en laisse le soin. — « Suivant vos instructions, j'ai réuni à Giromagny quatre vieillards en pré- « sence du waldmeister, du maire et de Henri Schantzler. Après leur avoir « rappelé les différends au sujet de la chasse, et après leur avoir exposé « qu'il importait d'éviter par suite de cette affaire une plus grande dis- « grâce de Son Altesse et de plus grands frais, je leur ai demandé de me « dire ce qui se pratiquait autrefois, et ce qu'ils pensaient des prétentions « de leurs compatriotes.—*Cette affaire*, nous ont-ils répondu avec calme, *est « pénible aux Rosemontois, qui demandent humblement la paisible jouissance « de leurs anciens usages de chasse et autres. La vérité est celle-ci. La chasse « appartient dans tout le Rosemont et ses dépendances à Son Altesse et à nul « autre. Quand, pendant l'hiver ou pendant l'été, on nous prévient d'entretenir « et fermer les haies, nous sommes tenus d'aider et d'amener nos chiens si on « le désire. En retour, la seigneurie nous donne à boire et à manger suivant sa « libéralité. De plus, aux dires de nos pères et grands-pères, nous avons tou- « jours eu jusques au litige actuel ce droit et usage, à savoir que, lorsqu'il y a « des sangliers dans la montagne ou la vallée du Rosemont, quelques villages se « réunissent pour abattre ces animaux avec leurs chiens. On remet à la sei- « gneurie ou à ses officiers à Belfort la tête du sanglier et le premier quartier « jusques à onze côtes ; les chasseurs partagent le reste. Quant au gibier « rouge, comme cerfs et chevreuils, nous ne l'avons jamais revendiqué, ni ne « le revendiquons point. Lorsqu'un ours est pris, sa tête et ses quatre pattes « doivent être portées au château de Belfort. Nous ne nous rappelons pas si « les engagistes du Rosemont ont chassé avec nous. La seigneurie a toujours « eu le droit de chasser, et il n'est pas à notre connaissance qu'on le lui ait « jamais contesté.* Tel est le langage des quatre vieillards. — Vous me de- « mandez s'il est probable que les sujets puissent prouver leur possession « immémoriale du droit de chasse, et si, pour prévenir les conséquences de « cette preuve, il ne serait pas préférable de limiter leur droit à certains « bois ou à un certain temps. LA QUESTION DE LA POSSESSION ME SEMBLE « RÉSOLUE AFFIRMATIVEMENT. Bien qu'il ne s'agisse en ce moment que de « la chasse, les Rosemontois ont une foule d'abus qui sont intimement liés à « cette réclamation et qu'ils prétendent comprendre dans la confirmation « expresse de leurs usages. — Il faut prendre garde que l'exemple des Ro- « semontois, gens remuants et boute-en-train, ne soit contagieux. Déjà, en « la ville de Belfort, où les engagements de cette seigneurie ont provoqué « de grands désordres, on recherche les anciennes franchises et on en parle

« beaucoup... D'ailleurs, sous le rapport de la chasse, la situation n'est plus « la même que par le passé. Autrefois le gibier était abondant. Il a au- « jourd'hui beaucoup diminué par le défrichement des forêts pour le ser- « vice des mines, par la conversion de certains bois en étangs et par la « multiplication des chasseurs. Chaque sujet veut vivre des produits de la « chasse. Il entretient non pas seulement, comme des paysans, des chiens de « garde, mais des chiens de chasse pur sang. Il en a un, deux ou trois, aux- « quels il n'attache point de mailloches, pas même en temps prohibé. Chaque « sujet chasse non-seulement les sangliers, mais selon son bon plaisir, les « chevreuils, les renards, les lièvres, les martres, et tout ce qu'il rencontre. « J'ajoute que les mineurs ont les mêmes droits que les autres habitants; « et ce sont autant de chasseurs en plus, parce qu'ils négligent leurs travaux « pour se procurer ce plaisir. Toutes ces pratiques détestables ruinent le « gibier. Et, malgré cela, les Rosemontois ne veulent pas plus renoncer à « leurs anciennes habitudes que si la quantité du gibier n'avait pas dimi- « nué... Je conclus. *Les sujets prouveront leur droit à la chasse au delà de « mémoire d'homme si on leur accorde l'enquête.* La possession doit-elle pré- « valoir sur les droits régaliens du prince? ou bien s'en tiendra-t-on aux « règlements des eaux, bois et forêts en offrant aux Rosemontois de se sou- « mettre à tout article et ordonnance? On pourrait leur accorder la chasse « du sanglier depuis la Saint André (30 novembre) jusques au 1er janvier, à « charge de la redevance ordinaire, et la chasse de toutes les autres pièces « de gibier, à charge de les remettre à la seigneurie contre récompense. » (Archives, *loc. cit.*)

L'enquête sollicitée par le Rosemont eut lieu par les soins de commissaires nommés par la Chambre impériale. Comment fut-elle faite? Que produisit-elle? Je l'ignore. Toujours est-il qu'après la clôture de ce travail et après concert avec la Régence, le grand bailli de Belfort communiqua aux communautés de la vallée les résolutions et articles suivants : « Nos « gracieux seigneurs ont confirmé les coutumes et libertés louables du « Rosemont, mais celles-ci n'impliquent ni la chasse, ni la pêche, ni « aucun autre usage usurpé... Quant à ces usages usurpés, nos gracieux « seigneurs ont ordonné que s'il se rencontre des animaux nuisibles « dans le Rosemont, le grand bailli de Belfort veillera à ce qu'ils soient « pris. Mais les sujets, à moins d'un ordre de l'autorité, ne doivent point « chasser, ce qui nuirait à leurs autres travaux. Ils doivent abandon- « ner cette occupation à la seigneurie et à ses représentants .. De même « pour les eaux, on les a jusqu'ici laissées sans règle. On y a jeté de la chaux; « on en a abusé. Pour ces motifs, il est nécessaire d'y veiller; et notre « gracieux seigneur a accordé que chaque habitant domicilié dans le val « de Rosemont peut pêcher pour sa personne les mercredi, vendredi, sa- « medi et autres jours d'abstinence avec l'étiquet pour consommer sa pêche « dans sa maison avec sa femme et ses enfants, et sous défense de vendre « du poisson. » (18 décembre 1570. — Archives, *loc. cit.*[1])

Grâce à l'habile circonspection des conseillers d'Ensisheim, la maison

[1] On remarquera que l'article notifié par le grand bailli de Belfort réserve à la pêche plus de jours que le rescrit de l'archiduc Ferdinand.

d'Autriche triomphait donc de ses vassaux du Rosemont et de leurs prétentions. Les articles 53 à 56 de leur Coutume étaient abolis ; le droit de chasse supprimé, et le droit de pêche limité.

Quelle exécution reçurent ces ordonnances de 1567 si contestées dans leur principe et leur légitimité ? Le bas justicier de Rougegoutte de Reinach de Roppe les méprisa assez pour continuer à chasser et à pêcher par lui ou ses préposés. Il s'attira par son *brigandage* les remontrances des officiers seigneuriaux et des poursuites judiciaires (1581. — Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 66). Mais les vilains, les humbles sujets plus intimidés qu'un gentilhomme par les sévérités de la loi, et moins forts que lui, s'en montrèrent en général assez fidèles observateurs et se tinrent tranquilles. Pourtant on les voit encore, par l'organe de leurs maires, se plaindre à la Régence, que les officiers de la seigneurie les troublent dans les priviléges de chasse et de pêche qui leur ont été accordés par les rois et archiducs (8 octobre. 1576 Archives du Haut-Rhin, C. 600). Mais ces plaintes, plusieurs fois réitérées et toujours basées sur le texte du Coutumier, n'affectent plus le caractère d'une révolte générale. Et elles n'aboutissent qu'à cette déclaration archiducale plusieurs fois réitérée : les Rosemontois n'ont point de franchises particulières de chasse et de pêche autres que celles de 1567 (Décembre 1576 et 20 avril 1579. — Archives du Haut-Rhin, C. 375, et fonds Mazarin, L. 7. — Voir *suprà* l'introduction historique et la note 20).

En 1613, des loups ayant pénétré en grand nombre dans huit villages de la vallée et commis beaucoup de ravages, les officiers de la seigneurie organisèrent des battues pour les détruire. Par l'association des habitants à cette traque, leur passion cynégétique comprimée, mais non éteinte, se réveilla ; et, malgré d'itératives défenses (2 septembre et 9 décembre 1620, et 12 mai 1621. — Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L, 66), elle se donna libre carrière grâce à la guerre de Trente ans.

Quand le cardinal de Mazarin recueillit le riche héritage des archiducs, le braconnage dévastait le Rosemont. On essaya de l'anéantir en interdisant à toute personne, de quelque condition et qualité qu'elle fût, de tirer et prendre sans autorisation du gibier ou autres bêtes sauvages dans les terres labourables, prés, vignes, bois et forêts de la vallée. Malgré les peines sévères des ordonnances soit autrichiennes (Ord. de Beaussant, 19 septembre 1654), soit françaises (Ord. de Colbert, 8 mars 1656, et arrêt du Conseil souverain d'Alsace, 22 janvier 1689, dans les Ordonnances d'Alsace, I, p. 175. — Cf. Gamare, *Traité des droits de chasse*, p. 147, 155 et 166), le nombre des délinquants augmentait chaque jour. Bas justiciers et vassaux songeaient à profiter du changement de leur seigneur pour reconquérir la pratique de la chasse et de la pêche telle qu'elle était réglée par le Coutumier du Rosemont. Cette disposition des esprits, en alarmant le duc de Mazarin, le poussa aux mesures de rigueur. Ses officiers l'incitaient d'ailleurs à la répression et aux procès. « De tout temps, lui disaient-ils, les « gens de la vallée se sont fait remarquer par leur indocilité et leurs en« treprises de toutes sortes contre la seigneurie : ils puisent leurs senti« ments hostiles dans l'air qu'ils respirent. C'est la seule manière de mettre

« fin aux contestations qu'ils élèvent sans cesse, et sous les moindres pré-
« textes, contre les droits de la seigneurie. Il faut commencer par dompter
« les gentilshommes. Ceux-ci une fois vaincus, il ne restera plus qu'à exor-
« ciser la bourgeoisie, et contre elle on a de grands moyens pour réduire à
« néant ses prétendus et chimériques privilèges. »

Pour réaliser ce programme, on renouvela les anciennes ordonnances de chasse (8 août 1672. — Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 4), qui étaient assez sévères pour garantir pleinement les droits du seigneur, et on fit pour la pêche un nouveau règlement (5 juin 1693. — Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 66).

« Les Rosemontois, sous prétexte qu'ils ont pouvoir de pêcher deux jours
« par semaine dans les rivières du Rosemont... courent toutes les rivières
« sans exception, détournent les eaux, pêchent tant à la ligne qu'à la main,
« vendent le poisson, le détruisent entièrement par des drogues; ce qui leur
« est interdit par les ordonnances archiducales et royales de 1567 et de
« 1669... Et comme les rivières appartiennent uniquement à la seigneurie,
« ainsi qu'il appert des titres et de l'ordonnance de 1567, — il est fait
« défense à toutes personnes de pêcher ou faire pêcher soit à la ligne, à la
« main, bouron, filet, ni en aucune manière que ce soit dans la rivière du
« Puy et ses ruisseaux, depuis l'écluse de la Fonderie jusques au-dessus
« du Ballon; non plus dans le ruisseau ou goutte de la Bussignère, ni en la
« rivière de Vescemont depuis le moulin dudit lieu tirant en haut jusques
« à sa source, ni en ses ruisseaux qui sont défendus comme étant rivières
« banales, desquelles le seigneur s'en est réservé seul la jouissance, et ce
« sur les peines d'être châtié suivant les us et coutumes des ordonnances.
« A l'égard des autres rivières audit Rosemont, à la reserve de celle pas-
« sant dans Giromagny depuis le pont jusques au-dessous des prés, qui sont
« également banales, lesdits sujets y peuvent pêcher avec le bouron, seu-
« lement pour leur usage, sans en pouvoir vendre, ni divertir ailleurs, ni
« détourner les rivières de leur cours ordinaire, jeter aucune amorce ni
« drogues; le bouron sera doué de mailles assez grandes en sorte que les
« petits poissons ou truites ne s'y puissent prendre. »

Ces notifications faites, le duc de Mazarin descendit dans l'arène judiciaire.

On commença la lutte par les de Reinach, qu'on considérait comme les plus ardents ennemis de la seigneurie, en leur disputant le droit de chasse et de pêche à l'aide tant des titres généraux que des jugements de 1483 (chasse), de 1582, 1668 et 1692 (pêche). Après de longues enquêtes, le Conseil souverain d'Alsace maintint dans cette double faculté, sur toute l'étendue territoriale du Rosemont et de la mairie d'Etueffont, les de Reinach de Roppe (27 août 1707. — Archives du Haut-Rhin, C. 1272, fonds Mazarin, L. 11, 66 et 77, fonds du Domaine, carton 5, dossier N). Mais il en débouta les de Reinach de Foussemagne (18 avril 1825 et 12 mars 1728, *loc. cit.*).

Ce demi-succès ne tarda pas à être ébranlé par un acte important. Le roi, qui s'était réservé la souveraineté sur les terres données au cardinal de Mazarin, ne voulut pas souffrir davantage que les officiers de sa garnison de Belfort fussent privés du plaisir de la chasse dans la vallée giboyeuse du

Rosemont. Et, par sa patente du 3 avril 1727, il leur assigna d'autorité les territoires de Méroux, Vézelois, Valdhoye, Eloye, Giromagny et Anjoutey, auxquels furent ajoutés, en 1782, ceux de Bourg et de Banvillars. Du même coup il attribua, pour le même objet, aux officiers du duc de Mazarin les finages de Urcerey, Argiésans, La Chapelle, Evette et Sermagny jusques aux environs de Giromagny (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 66).

Cette concession royale entravait la seigneurie dans ses desseins. La seigneurie la regardait comme une sorte d'usurpation de ses droits les plus précieux. Elle en prit de suite revanche et sur ses subordonnés et sur les permissionnaires particuliers ; sous couleur d'une destruction abusive du gibier, elle ne tolera plus à l'admodiateur de la chasse et à ses baillis qu'un seul chasseur, et encore avec possibilité de le supprimer selon son bon plaisir. Quant aux autorisations spéciales antérieurement accordées, elles furent toutes retirées et abolies (30 juillet 1730 et 8 décembre 1766).

Il n'y eut qu'une exception toute momentanée. Messieurs du Conseil souverain avaient reçu de la ville de Colmar et du duc de Wurtemberg droit de chasse sur certaines de leurs terres (Pillot et de Neyremand, *Histoire du Conseil souverain*, p. 270 à 283). Mlle de Duras leur fit pareille gracieuseté. Pendant cinq ans, de 1762 à 1766, elle affecta particulièrement à M. le premier président de Klinglin la seigneurie d'Issenheim ; à MM. de Bruges, Demougé père et fils la baronie d'Altkirch ; à M. de Boug la terre de Delle ; et aux autres conseillers toute la plaine du Rosemont avec cinq cantons de la haute vallée : Petitmagny, Grosmagny, Eloye, Rougegoutte et Vescemont, en exprimant le désir que dans cette portion de ses domaines son intendant, M. Noblat, pût être leur compagnon [1] (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 66).

A ces concessions volontaires ou forcées, la seigneurie ajouta un dernier frein. Sur sa requête, le Conseil souverain, en vue de la conservation du gibier, suspendit, chaque année, d'une façon générale et absolue, l'exercice de la chasse depuis le 1er mai jusqu'à l'entier enlèvement des récoltes (20 août 1739. — Arrêts notables, II, p. 118).

Ce système restrictif aidait aux plans de la famille de Mazarin. Après le tour de la noblesse vint celui de la bourgeoisie en 1742. La confection du terrier du Rosemont parut excellente pour inscrire dans le titre des droits que la chasse et la pêche appartenaient à la seigneurie dans toute l'étendue de la vallée, sauf dans certains quartiers de la basse justice de Rougegoutte. Cette déclaration fut accueillie par la protestation unanime des communautés. Une fois de plus, elles mirent en avant les anciens droits et coutumes du Rosemont (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 11 et 12).

Pour la pêche, les ordonnances de Ferdinand en 1567 et du duc de Mazarin en 1693 avaient des textes si précis que la seigneurie dut, quoique à contre-cœur, reculer et reconnaître à ses vassaux une portion de cet

[1] Quand, en 1766, toutes permissions particulières furent de nouveau abolies, M. de Klinglin conserva, par une faveur exceptionnelle, son privilége pour la terre d'Issenheim.

attribut de la haute justice conformément aux anciens titres (*loc. cit.*, L. 12 et 66).

Quant au droit de chasse réclamé par les gens du Rosemont en vertu des articles 55 et 56 de leur Coutumier, les agents de la seigneurie répondaient : « Quelle singulière hardiesse ! Qui pourrait tenir son sérieux à la « vue d'une prétention aussi particulière et conçue dans des termes aussi « ridicules ! C'est pourtant le langage de tous les habitants du Rosemont. « Déjà, du temps de l'archiduc Ferdinand, ils avaient la même idée ; mais « pour les guérir de leur folie, ce souverain décide que toute la chasse lui « appartient privativement et que les sujets n'y ont d'autre part que l'obli- « gation de traquer. A ce prix, ils ont le plaisir de la chasse. — Le recueil « des statuts du Rosemont est une pièce dénuée de toute vérité. — Loin « que les habitants puissent prétendre des droits qui les mettraient au- « dessus de leur propre seigneur, ils doivent, au contraire, s'estimer trop « heureux d'avoir été affranchis de la mainmorte par le duc Léopold. « Voilà la noble origine de ces gens qui voudraient avoir de plus beaux « droits dans la terre d'autrui que n'y en auraient des gentilshommes de la « plus haute extraction. » (Requête au conseil souverain, 10 novembre 1750. — Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 7.) D'après ce langage hautain et dédaigneux, d'après ce que nous savons du droit de chasse, l'issue de la contestation est facile à prévoir. En 1758, on désarma pour la troisième fois[1] les Rosemontois, afin de les empêcher de braconner. Malgré cela, il y eut toujours quelques délinquants. Un individu ayant été poursuivi pour délit de chasse, toutes les communautés prirent encore son fait et cause. Cette fois on invoqua, pour obtenir sa relaxe, non plus les anciennes coutumes, mais le droit naturel et le droit romain. En entendant cet argument auquel la seigneurie n'avait pas habitué ses oreilles et qui sentait l'approche d'une révolution, grande fut sa stupéfaction ; amères, plus amères encore que par le passé, furent ses plaintes contre l'outrecuidance de ses vassaux ! C'était là un pronostic funeste, et son nouveau triomphe ne fut pas de durée (Archives du Haut-Rhin, fonds Mazarin, L. 65). La nuit du 4 août 1789 abolit la féodalité en France, et les montagnards du Rosemont recouvrèrent alors le libre exercice de la chasse et de la pêche qu'ils avaient avec de si longs et si inutiles efforts revendiqué sur leurs hauts et puissants seigneurs, les derniers archiducs d'Autriche et les ducs de Mazarin.

ED. BONVALOT,
Conseiller à la cour impériale de Colmar.

[1] Les premiers désarmements avaient eu lieu les 9 août 1735 et 2 juillet 1740.

BIBLIOGRAPHIE.

Mes souvenirs du barreau depuis 1804, par M. JULES BONNET, avocat à la Cour impériale de Paris. Durand, 1864. 1 vol. in-8°. Prix : 5 francs.

Les souvenirs de M. Bonnet embrassent un espace de temps de près de cinquante ans, durant lequel le barreau de France a été diversement atteint par les circonstances politiques, et illustré par des gloires de genres différents. C'est à cette circonstance que ces pages empruntent leur intérêt. Plus d'un nom célèbre s'y rencontre, et notamment celui du père même de M. Bonnet, qui fut aussi son maître, et dont il nous rapporte à son début quelques plaidoyers. Certains événements qui, jadis, ont agité la France, y trouvent en même temps un écho indirect, et reportent la pensée sur un théâtre plus vaste que celui où se débattent la plupart des causes dont M. Bonnet a cru devoir nous retracer les principales phases. P. C.

Jurisprudence électorale parlementaire : Recueil de décisions du Corps législatif, de 1852 à 1864, en matière de vérification de pouvoirs, par M. ALPHONSE GRUN, avocat, ancien rédacteur en chef du *Moniteur*, chef de la section législative et judiciaire aux archives de l'empire, officier de la Légion d'honneur. Paris, Durand, libraire-éditeur, rue des Grès-Sorbonne, 7. 1 vol. in-32. Prix : 2 fr. 50.

Voici un livre dont la composition revenait de droit à son auteur, et pour lequel nul autre n'aurait eu pareille vocation. M. Grün avait donné au public le double recueil des décisions de la chambre élective, sous l'empire de la loi électorale de 1841, et de celles de 1848 et 1849. Il lui restait à compléter son œuvre, ou plutôt, à la tenir au courant, en publiant les précédents parlementaires nés de l'application des décrets du 2 février 1852.

On n'a pas besoin d'apprendre aux lecteurs sa compétence pour ce travail. La notoriété de ses titres comme écrivain, et celle de ses positions comme homme, dispensent de ce préambule. Avocat, rédacteur politique dans des journaux accrédités ;

puis, durant de longues années, chef de la rédaction de la feuille du gouvernement; spectateur officiel des débats des Chambres, et presque partie du mécanisme de leur action, il avait excellemment qualité pour entendre et certifier leur pensée.

On s'en aperçoit immédiatement à la netteté et à la précision avec lesquelles il l'a rendue. Il possède à un haut degré l'art, en apparence aisé, en réalité difficile, des sommaires; c'est-à-dire celui des résumés clairs, courts, exacts. Dieu sait si les jurisconsultes en connaissent la rareté, et combien de mécomptes ils éprouvent en confrontant, dans la recherche des autorités, les notices des arrêts avec leurs comptes rendus!

Je voudrais pouvoir ici justifier cet éloge par des citations. La matière s'y refuse; on le sent. On ne détache pas des fragments d'un recueil de jugements comme une page d'une composition littéraire. Mais, hommes de politique ou de loi, candidats heureux ou concurrents vaincus, quiconque peut avoir à apprécier une situation contestée, à attaquer ou à défendre une élection litigieuse, n'a qu'à recourir au livre, il verra si je le surfais.

Mérite lié à celui dont je viens de parler, il est remarquable par une méthode qui y facilite singulièrement les investigations. Ses classifications sont aussi naturelles que bien enchaînées. Les transitions, toujours dictées par l'analogie, y conduisent l'esprit, sans effort, de sujet en sujet, et ne lui laissent pas un instant d'hésitation sur la place où il doit trouver ce qu'il cherche.

Que si, maintenant, quittant l'utilité pratique, et oubliant un moment l'ouvrage pour sa matière, on demande l'effet produit par cette peinture en action d'une des faces de notre vie constitutionnelle, voici l'impression que j'en ai ressentie :

D'une part, au Parlement, autant et beaucoup plus qu'au Barreau, tend à prévaloir la maxime des temps modernes : « Point de nullité sans grief; » victoire du bon sens sur le formalisme.

De l'autre, en voyant des luttes, souvent emportées et orageuses, aboutir à l'établissement d'une simple règle de droit, et ne laisser, des passions qu'elles émurent, qu'une idée revêtue d'une formule, on comprend comment les agitations de la politique deviennent l'éducation de l'intelligence sociale.

JAMET,
Avocat.

Instruction préliminaire à l'enseignement du Code Napoléon, par M. P.-F. Guichon de Grandpont, professeur à la Faculté de droit de Dijon; précédée d'une notice biographique par M. Alf. Guichon de Grandpont, commissaire général de la marine. Brest, Lefournier aîné, 1864. In-8°. Prix : 2 francs.

C'est toujours une entreprise digne de faveur et d'encouragement que celle d'un fils qui raconte les travaux et les vertus de son père. Ce soin pieux est d'ailleurs souvent récompensé par le succès. Le sentiment filial donne au style je ne sais quoi d'intime qui attache. Jamais, par exemple, Louis Racine n'a été mieux inspiré que dans la Vie de son père. La notice que M. Guichon de Grandpont a consacrée à son père, savant professeur de droit à Dijon, mort en 1825, se lit avec intérêt.

Les trois leçons de ce professeur sur l'idée générale de la législation; le résumé de l'histoire du droit et l'obéissance aux lois, réunies sous le titre d'*Instruction préliminaire à l'enseignement du Code Napoléon*, contiennent aussi des pages qui méritent d'être lues. Toutefois, quelques-unes des idées qu'elles renferment paraissent aujourd'hui un peu vieillies. Elles se sentent encore du voisinage du dix-huitième siècle. Peut-être sont-elles plus conformes que les nôtres aux circonstances qui ont accompagné la création de notre droit civil; mais elles nous semblent empreintes d'un esprit didactique que nous n'avons point à regretter. P. C.

Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Privatrechts, Manuel du droit commun allemand actuel, y compris le droit commercial et le droit féodal; par M. Jules-Hubert Hillebrand, professeur ordinaire à l'Université de Zurich; 2e édition, entièrement revue. Zurich, 1865, 1 vol. in-8°.

Le droit romain est encore aujourd'hui le droit commun de l'Allemagne. Celui qui l'invoque devant les tribunaux a pour lui *fundatam intentionem in jure*. C'est à l'adversaire à prouver qu'il existe un statut particulier dérogeant au droit romain. Le domaine du droit commun va se rétrécissant de jour en jour, et la règle disparaîtra bientôt sous les exceptions, mais ce n'en est pas moins la règle.

Toute autre chose est ce que l'on appelle aujourd'hui dans les Ecoles le droit commun allemand, *das gemeine deutsche Pri-*

vatrecht. C'est un ensemble de règles générales empruntées à la comparaison des statuts qui dérogent au droit romain dans les pays de langue allemande. Ces statuts eux-mêmes sont tantôt des restes de l'ancien droit germanique, antérieur à la réception du droit romain, tantôt des lois nouvelles faites pour régir des situations que les jurisconsultes romains ne connaissaient pas et n'ont pas pu prévoir.

Cette étude a pris, depuis le commencement du siècle, un grand développement au sein des Universités allemandes. Le droit féodal, le droit commercial, l'histoire du droit coutumier s'y rattachent naturellement. A ce dernier point de vue surtout, elle offre un grand intérêt pour nous autres Français, car nos coutumes françaises étaient toutes imprégnées de droit germanique. Il y en a beaucoup encore dans le Code Napoléon, comme l'a très-bien montré M. Zœpfl, et par suite il y a beaucoup à prendre, même pour un jurisconsulte français, dans des ouvrages tels que le *Droit privé allemand* de M. Bluntschli, celui de M. Mittermaïer, et le Manuel de M. Hillebrand. C'est là qu'il faut chercher le sens d'institutions telles que la saisine, la communauté, les institutions contractuelles, et la portée de la règle : En fait de meubles possession vaut titre.

Le Manuel de M. Hillebrand, moins original peut-être, mais aussi moins abstrait que le livre de M. Bluntschli, a le grand avantage de joindre aux théories de l'auteur l'analyse exacte et succincte des idées émises par les autres. C'est comme une encyclopédie qui tient lieu à elle seule d'un grand nombre d'ouvrages et peut donner une idée exacte de la science du droit allemand dans son état actuel. L'exposition est claire et méthodique : on sent que l'auteur est maître de son sujet.

Nous ne pouvons entrer ici dans l'analyse de cet ouvrage. Nous préférons lui emprunter quelques faits qui ne sont peut-être pas très-connus en France.

On sait que les premiers travaux de codification en Allemagne sont : le Code bavarois de 1756, le Code prussien de 1794 et le Code autrichien de 1812, à quoi il faut ajouter le Code Napoléon, encore en vigueur sur la rive gauche du Rhin, dans la principauté de Berg et dans le grand-duché de Bade. Depuis, un nouveau Code civil a été promulgué dans le royaume de Saxe le 2 janvier 1863, et est entré en vigueur cette année. Un Code

de commerce allemand, en neuf cent onze articles, a été rédigé par une commission fédérale de 1857 à 1861, et promulgué depuis dans tous les Etats de la Confédération.

M. Hillebrand, enseignant à Zurich, a dû faire dans son livre une part au droit suisse, du moins à celui des cantons de langue allemande. Presque tous ces cantons ont déjà des Codes, ou s'occupent d'en faire. Ainsi M. Hillebrand cite les Codes de Berne (1825), Lucerne (1839), Soleure (1847), Argovie (1855), Zurich (1856) et celui des Grisons (1862). D'autres Codes pour les cantons de Zug, Schaffouse, Thurgovie et Appenzell, sont encore à l'état de projet. R. DARESTE.

Traités des édifices publics, des ventes domaniales et des partages de biens communaux et sectionnaires, par M. TH. DUCROCQ, professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Poitiers. 1 vol. in-8°; Paris, Cotillon, 1865. Prix : 8 francs.

Le premier de ces Traités a déjà paru dans cette Revue même, et nous n'avons pas à le faire connaître à nos lecteurs. On sait que l'auteur insiste sur la nécessité d'établir un principe régulateur de la distinction entre le domaine public et le domaine de l'État. Il trouve ce principe régulateur dans la nature physique de l'objet. Pour qu'on puisse classer une chose dans le domaine public il faut qu'elle échappe naturellement à l'appropriation privée. L'auteur conclut de là que les édifices affectés au service public ne font pas partie du domaine public.

Malgré toutes les ressources d'une argumentation savante et serrée, nous avouons que l'auteur ne nous a pas convaincu. Sans entreprendre une discussion approfondie, qui nous mènerait trop loin, nous nous bornerons à faire remarquer que le décret du 24 mars 1852 ne tranche pas la question. Aux termes de ce décret, l'affectation d'un immeuble à un service public n'altère en rien son caractère domanial. Il ne suit pas de là que l'immeuble affecté à un service public ne passe pas dans le domaine public. Nous croyons, en effet, que le domaine public comprend précisément les portions du domaine de l'État qui, à raison de leur destination ou de leur nature, sont entourées par la loi d'une garantie toute spéciale. La publicité ajoute au caractère domanial de l'immeuble, elle le porte à sa plus haute puissance, mais elle ne l'altère pas.

Il faut donc revenir aux articles 538 et suivants du Code Napoléon. Que faut-il entendre par *les choses non susceptibles de propriété privée?* Selon M. Ducrocq, il s'agirait d'une impossibilité physique et matérielle. Mais est-il bien sûr qu'il existe des choses dont l'appropriation soit physiquement impossible? N'y a-t-il pas en Angleterre des grands chemins qui appartiennent à des particuliers, et où le public ne passe qu'en payant un péage? Ne peut-il en être de même des rivages de la mer? L'impossibilité dont il s'agit ne peut donc être qu'une impossibilité légale, et dès lors ne doit-on pas admettre qu'elle résulte de l'affectation à un service public.

Enfin M. Ducrocq nous permettra de lui citer un texte que nous ne voulons pas invoquer comme décisif, mais qui peut cependant servir à interpréter les autres. La loi du 10 juin 1793 sur les partages de biens communaux, sect. 1, art. 5, excepte du partage les places, promenades, voies publiques et édifices à l'usage des communes, les fossés et remparts des villes, *les édifices et terrains destinés au service public*, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et en général toutes les portions du territoire qui, *n'étant pas susceptibles d'une propriété privée*, sont considérés comme une dépendance *du domaine public*.

Le second Traité a pour objet le mode d'aliénation des biens de l'Etat. La loi du 1er juin 1864 a réglé pour l'avenir que le gouvernement peut vendre sans autorisation du pouvoir législatif les biens domaniaux d'une valeur inférieure à un million. Jusqu'à cette loi, la question de savoir si l'autorisation du pouvoir législatif était nécessaire pour toute vente avait donné lieu à de sérieuses discussions. Nous croyons, avec M. Ducrocq, que cette autorisation n'était pas nécessaire, et que la commission du Corps législatif était dans l'erreur quand elle a soutenu le contraire. Quoi qu'il en soit, la question est tranchée maintenant, et le travail de M. Ducrocq forme un excellent commentaire de la loi du 1er juin 1864.

Le troisième Traité a pour objet le partage des biens communaux indivis entre plusieurs communes ou sections. Sur ce point encore il y a une grande controverse. Faut-il se borner aux dispositions de la loi du 18 juillet 1837? Doit-on appliquer les règles du Code Napoléon sur les partages? Doit-on remon-

ter jusqu'aux lois des 10 juin 1793 et 19 brumaire an II? M. Ducrocq soutient que le partage est un acte essentiellement administratif, que l'article 815 du Code Napoléon est absolument inapplicable entre communes et sections de communes, et que, par conséquent, l'autorité judiciaire n'est compétente en pareille matière que pour statuer sur les questions de propriété qui peuvent s'élever incidemment au partage. Ici encore nous ne pouvons que faire nos réserves. Nous croyons que la question est tranchée, et bien tranchée, en sens contraire, par la jurisprudence du tribunal des conflits.

Quoi qu'il en soit de ces dissentiments, que nous regrettons de ne pouvoir plus longuement motiver ici, nous ne saurions trop appeler l'attention des jurisconsultes sur ces remarquables dissertations. Le moment paraît venu de reprendre une à une toutes les théories du droit administratif et de les soumettre à une critique sévère. M. Ducrocq a donné un bon exemple. Il n'est pas disposé à se payer de mots, et il cherche des raisons. Tous ceux qui ont les mêmes dispositions le liront avec plaisir et profit.

Nous saisissons cette occasion pour indiquer aux lecteurs de cette Revue une autre publication de M. Ducrocq. C'est une leçon faite au cours de droit administratif de la Faculté de droit de Poitiers, le 17 février 1865. Elle a pour titre : « De la monnaie au point de vue de l'économie politique et du droit, et du service monétaire de la France comparé à celui des principaux Etats européens. »

R. DARESTE.

Le livre des droictz et des commandementz d'office de justice, publié d'après le manuscrit inédit de la Bibliothèque de l'Arsenal, par C.-J. BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, procureur impérial à Chartres. Paris, Durand, éditeur, 2 vol. grand in-8°, papier vergé. Prix : 16 francs.

Voici un livre qui a bien son intérêt et son mérite. Ressusciter nos vieilles coutumes, les rajeunir par des publications qui en mettent les textes, l'esprit à la portée de tous, ou bien en esquisser les origines, les traits caractéristiques, établir entre elles des comparaisons, faire saisir en quels points elles diffèrent de nos lois actuelles, n'est-ce pas là un travail très-utile? N'y a-t-il pas là aussi, pour celui qui étudie et fouille, une source

des jouissances les plus vives et les plus pures? On revit dans le passé, et notre passé a bien ses grandeurs, son cachet et son originalité. Les lois qui régissaient nos pères n'étaient pas toutes dures, égoïstes, injustes, elles ont parfois de la douceur et de la bonhomie; certaines témoignent de la plus tendre sollicitude pour les faibles, les femmes, les enfants, etc. Etudiez le droit de la famille, son organisation, ne rencontrerez-vous pas souvent les plus heureuses combinaisons? Il n'y a plus, comme en droit romain, un chef qui absorbe et concentre en lui tous les pouvoirs; la femme, sous la bienfaisante influence du christianisme, reprend peu à peu le rôle que la Providence lui a assigné : elle est épouse, elle est mère. On parle souvent des inégalités, des injustices de notre système successoral coutumier; on cite les prérogatives, les priviléges, la puissance de l'aînesse. Mais l'aînesse n'avait pas partout les mêmes avantages, il y avait des variétés. Dans quelques coutumes elle était contre-balancée par le droit de maîneté, le droit du plus jeune. Le dernier-né, lui, ne peut se soutenir par lui-même, se procurer tout ce qui lui est nécessaire. La coutume vient à son secours : elle lui donnera une part suffisante.

Il y a mieux, on trouve des coutumes essentiellement démocratiques, dans lesquelles les biens se divisent également entre tous les enfants. Elles ne reconnaissent ni le droit d'aînesse, ni le droit de masculinité. Telle est, par exemple, la coutume de la ville de Lille, coutume très-originale et bien digne d'être connue.

Mais je m'aperçois que je me détourne un peu du principal objet de mon article.

Qu'est-ce donc que le livre publié par M. Beautemps-Beaupré? C'est un recueil de la jurisprudence des Cours du Poitou dans la seconde moitié du quatorzième siècle. « Le manuscrit que je publie, dit l'auteur, appartient à la Bibliothèque de l'Arsenal, où il est catalogué sous le numéro 96 de la jurisprudence française. C'est un manuscrit sur parchemin, écrit en 1424, et qui se compose de quatre-vingt-quinze feuillets, précédés d'une table écrite sur quatorze feuillets non numérotés. Il provient de la bibliothèque de d'Aguesseau. Il est d'une excellente exécution. Sur la dernière feuille de garde nous trouvons la mention suivante :

« Iste liber est Guillermi Choleti, secretarii domini ducis Au-« relianensis et fuit rescriptus per dictum Guillermum Choletum, « anno Domini M°CCCC°XXIIII, in villa Balgenciaca », qui est suivie de la signature de Cholet. — En tête de la table se trouve le titre suivant, d'une écriture du dix-septième siècle : « Livre « des droictz et commendementz d'office de justice, par Guil-« laume Cholet, secrétaire de Monseigneur le duc d'Orléans, « l'an 1424. »

M. Beautemps ne pense pas que Cholet soit l'auteur de ce livre.

Quoi qu'il en soit, le manuscrit se réfère très-souvent aux usages et coutumes du Poitou, de la ville de Poitiers.

Mais il n'y a pas là ce qu'on appelait une coutume. Une coutume, c'est une série de dispositions arrangées, combinées avec méthode; la formule en général est exacte, laconique. Ici, au contraire, les dispositions sont assez souvent jetées pêle-mêle, parfois même elles se contredisent. Le style n'est pas celui du législateur, comme le dit très-bien M. Beautemps-Beaupré, c'est une compilation et rien de plus; compilation faite probablement au jour le jour, par un praticien qui voulait réunir le plus grand nombre possible de décisions.

La coutume du Poitou a été rédigée en 1417. On peut considérer le *Livre des droictz et commendementz* comme une source précieuse de cette coutume.

Le manuscrit publié est précédé d'un exposé systématique des règles que l'on y trouve. M. Beautemps a fait là un travail qui est très-utile. Un chapitre est consacré au droit public ; un second au droit civil ; un troisième à la procédure civile ; un quatrième au droit pénal, et un dernier à la procédure criminelle. Une table des matières très-développée facilite les recherches et permet de saisir immédiatement tous les traits caractéristiques du droit renfermé dans le manuscrit.

L'exposé des règles de droit civil est divisé, par M. Beautemps, en cinq parties. Dans la première, on trouve des règles générales sur les contrats et obligations. Elles sont peu nombreuses. On sait, en effet, qu'en matière de conventions on suivait presque tous les principes du droit romain. Dans la seconde partie il est traité des personnes. Il y avait les serfs, les nobles, les roturiers. Mais le servage occupe peu de place. Le noble a

des priviléges, il n'est justiciable que de la grande assise tenue par le sénéchal ou le bailli. S'il épouse une roturière, il l'anoblit, etc.

Le droit de bâtardise existe. Les biens du bâtard qui meurt sans enfants légitimes ne font pas retour à son lignage : ils appartiennent au seigneur.

Ce qui est donné à l'enfant en puissance de père, qu'il soit majeur ou mineur, lui appartient pour la propriété, et le père en a l'usufruit. Voilà une règle romaine, chez les Romains le père n'avait que l'usufruit du pécule adventice, etc.

La troisième partie est consacrée à la propriété. Les fiefs et les obligations du vassal forment comme l'entrée en matière. Le vassal est tenu envers son seigneur de l'hommage, des aides, de l'ost et chevauchée, etc. Quand la femme d'un homme lige demeure veuve avec une fille, le seigneur peut lui défendre de marier sa fille sans son autorisation.

On distingue les hautes, basses et moyennes justices.

La translation de propriété ne s'opère pas par le seul consentement. Le contrat de vente n'est rendu entier, entériné, que par la mise en possession de l'acheteur, par la formalité du vest et de l'invest.

Notre manuscrit s'occupe du retrait lignager destiné à conserver les biens dans les familles, *jus conservatorium in familia*.

La quatrième partie traite des successions. Deux décisions sont remarquables; la première : Les père et mère ne succèdent pas à leur fils prédécédé. C'est l'application d'une règle qui fait un des traits caractéristiques de nos vieilles coutumes : Propres ne remontent. Cette règle dérivait-elle même du système féodal : le fief devait être servi par un vassal jeune, actif. On présumait que les père et mère n'étaient plus assez jeunes pour s'acquitter des devoirs qu'exigeait le service du fief. La deuxième décision est celle-ci : La femme ne succède pas à son mari mort sans héritiers.

Le droit d'aînesse existe : en Poitou, l'aîné ne prend comme préciput que le quint des fiefs avec le principal hébergement et ses dépendances. Mais s'il y a plusieurs terres en diverses chastellenies, tous les principaux hébergements, châteaux ou autres, seront à l'aîné avec le quint. Le surplus de la terre sera partagé également entre les puînés.

On admet la renonciation des filles à succession. On voit plus tard dans certaines coutumes qu'elles étaient obligées de se contenter d'une noix ou d'un chapel de roses! Il faut avouer que la part était bien mince.

Dans la cinquième partie, M. Beautemps-Beaupré a groupé les règles relatives aux communautés.

Dans notre ancien droit, il y avait la communauté résultant de la société conjugale et la communauté résultant de l'habitation commune, la communauté taisible entre gens vivant à même feu, à même pot.

Plusieurs dispositions sont consacrées au douaire. Outre la moitié des acquêts et des meubles, la femme noble ou roturière prend, à titre de douaire, le tiers de l'héritage de son mari pour en jouir sa vie durant. Elle a droit aussi à l'ouscle (de *osculum*), qui lui donne le droit de prendre sur les biens de son mari, mais en jouissance seulement, somme égale au tiers des sommes d'argent qui lui ont été données ou qu'elle a apportées en mariage.

En terminant cette trop courte esquisse, je répète que publier les manuscrits, les coutumes, c'est éclairer et vivifier l'histoire; c'est rendre un grand service à la science.

LÉONCE DE FONTAINE DE RESBECQ,
Docteur en droit, substitut à Nérac.

I. *Recherches sur la mise en liberté sous caution*, par GEORGES PICOT, avocat à la Cour impériale de Paris, secrétaire de la conférence des avocats. Cotillon, décembre 1863. 1 vol. in-8°. Prix : 1 fr. 50.

II. *Observations sur le projet de loi réorganisant la mise en liberté provisoire*, par GEORGES PICOT, juge suppléant au tribunal de la Seine. Cotillon, 1865.

La marche des idées sociales est lente, mais sûre. Elles naissent dans l'esprit des philosophes, puis elles s'essayent dans la pratique, enfin elles se consacrent dans les lois. La question de la détention préventive a passé par ces phases diverses. Objet d'abord de l'étude des jurisconsultes, elle est devenue pour les magistrats un grave sujet de préoccupation. L'année dernière encore, c'était cette importante question que M. Mouriez, procureur général à Chambéry, et M. de Kerbertin, avocat général

à Rennes, traitaient dans leurs discours de rentrée. D'autres voix se mêlaient à celles de ces magistrats distingués. Les vœux de réforme, exprimés par plusieurs, frappèrent l'esprit des législateurs et un projet de loi fut présenté. Ce projet de loi est devenu une loi modifiant un certain nombre d'articles du Code d'instruction criminelle, et promulguée le 14 juillet 1865.

M. Picot, déjà connu par des études sur les tribunaux de simple police à Londres et sur la loi des flagrants délits, avait particulièrement dirigé ses recherches sur les points que la loi nouvelle vient d'aborder. Dans un premier travail sur la mise en liberté sous caution, il avait fait porter ses investigations sur la législation à Athènes, à Rome, chez les Germains, chez les Francs, et dans les Etats modernes de l'Europe. Il avait ensuite examiné la question en France et avait fait ressortir les lacunes et les imperfections que la loi française contenait à cet égard. Puis il avait indiqué quels seraient, selon lui, les principes à établir. « La réforme, disait-il, comprendrait trois chefs principaux : 1° la division des inculpés en deux classes, les uns ayant le droit, les autres la faculté d'obtenir l'élargissement provisoire ; 2° la modification du cautionnement qui deviendrait une amende acquise au Trésor et ne servirait plus à garantir la condamnation ; 3° la simplification des formalités et l'abréviation des délais. »

M. Picot ne pouvait donc laisser passer sans prendre la plume le projet de loi qui a abouti à la loi du 14 juillet. Dans un travail lu à la conférence des Attachés[1], le 3 avril 1865, il s'est livré à l'examen de ce projet. En y reconnaissant avec bonheur une partie des modifications qu'il avait souhaitées, il y relève encore quelques lacunes, et termine en disant : « La liberté provisoire étendue aux matières criminelles, la mainlevée du mandat de dépôt, prenant sa place naturelle dans la législation sous le nom de *mise en liberté sans caution*, le chiffre et le mode de cautionnement indéterminés, les délais abrégés, toutes les voies de recours aplanies, telles sont les réformes salutaires que ne doivent pas nous faire oublier quelques imperfections, regrettables assurément, mais qu'un examen attentif de la commission législative, et, par-dessus tout, une libre discussion,

[1] Conférence présidée par M. l'avocat général Brière-Valigny.

doivent, nous en sommes convaincu, faire disparaître du projet de loi. »

Ces espérances n'ont pas été trompées : le Corps législatif a consacré un plus large exercice de la liberté provisoire, et une circulaire récente de M. le garde des sceaux est venue commenter et faire ressortir l'esprit libéral de cette loi ; vive satisfaction sans doute pour ceux qui, par de remarquables écrits, n'ont cessé de travailler à la solution de ce difficile problème.

PAUL CHARPENTIER,
Substitut du procureur impérial à Châlons-sur-Marne.

Codes et lois usuelles classés par ordre alphabétique, édition conforme à la législation la plus récente, par M. AUGUSTIN ROGER, avocat à la Cour impériale de Paris, auteur de la deuxième édition du *Traité de la saisie-arrêt*, et M. ALEXANDRE SOREL, avocat à la Cour impériale de Paris, suppléant du juge de paix du 7e arrondissement. 1 beau volume grand in-8° raisin de 1200 pages. Prix : 15 francs. — Edition portative, grand in-32 jésus en deux parties. Prix : 7 francs.

Depuis quelques années les Codes et les lois qui régissent la France ont été l'objet de modifications importantes. Il devenait donc indispensable, pour les jurisconsultes, d'avoir une édition des Codes mise au courant de ces remaniements sans qu'on soit obligé de recourir à des suppléments, que souvent on néglige de consulter. C'est un travail de ce genre que viennent de publier MM. Augustin Roger et Alexandre Sorel.

Indépendamment du mérite incontestable que cette édition aura sur ses devancières, d'être au courant de la législation la plus récente, elle offre encore quelques dispositions nouvelles qu'il importe de signaler.

Le renvoi des articles du Code Napoléon *aux lois romaines* constitue une de ces innovations. Jusqu'à présent en effet aucune édition *portative* de nos Codes ne contenait cette corrélation, qui sera surtout utile aux jeunes gens qui fréquentent les Ecoles de droit.

Une autre innovation a été adoptée par MM. Roger et Sorel, et on ne saurait trop les en féliciter. Elle consiste à avoir mis *en note* au bas de chaque page les annotations relatives à la concordance des articles entre eux, annotations qui, placées ordi-

nairement à la fin du texte de chaque paragraphe, avaient pour effet de troubler *instantanément* l'esprit et la vue. Avec le système suivi par MM. Roger et Sorel, le texte de la loi apparaît dans toute sa pureté primitive et l'on peut facilement embrasser d'un seul coup d'œil l'ensemble de plusieurs articles sans se préoccuper de ces annotations.

Ajoutons, en terminant, que les auteurs ont fait suivre le texte officiel des cinq Codes d'un recueil des lois les plus usuelles, et que deux tables, l'une chronologique, l'autre alphabétique, permettent de faire en peu de temps les recherches les plus minutieuses. Avec de tels éléments, le succès qui a accueilli cette nouvelle édition des Codes à son apparition ne peut qu'augmenter de jour en jour.

Manuel complet de médecine légale, ou Résumé des meilleurs ouvrages publiés jusqu'à ce jour sur cette matière, et des jugements et arrêts les plus récents, par J. Briand, docteur-médecin de la Faculté de Paris, et E. Chaudé, docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris, et contenant un Traité élémentaire de chimie légale, par H. Gaultier de Claubry, professeur de toxicologie à l'École supérieure de pharmacie, membre de l'Académie impériale de médecine; 7e édition; 1 beau volume grand in-8° de 1018 pages, avec 3 planches gravées et 65 figures dans le texte. Paris, J.-B. Baillière et fils. Prix : 12 francs.

Les auteurs ont voulu offrir une instruction solide et facile aux élèves en médecine et en pharmacie, des règles claires et précises aux hommes de l'art appelés à des expertises judiciaires; des renseignements précieux aux avocats, aux magistrats, et même aux jurés, jaloux de remplir leurs fonctions avec le discernement et les lumières que donnent des connaissances positives. Ils se sont attachés spécialement aux faits; ils n'ont admis que les doctrines sanctionnées par l'expérience, tout en n'omettant rien de vraiment utile. Constamment occupés à recueillir des documents intéressants, à enregistrer les faits scientifiques importants, les décisions de la justice qui peuvent faire autorité, les auteurs avaient donné à chacune des éditions précédentes les développements que comportait alors l'état de la science; c'est encore en se tenant journellement au courant des débats législatifs et des débats judiciaires, qu'ils ont rassemblé les matériaux de modifications nouvelles et de nombreuses additions.

Introduction à l'étude du droit administratif, première conférence faite à l'Ecole impériale des ponts et chaussées, par M. LÉON AUCOC, maître des requêtes au Conseil d'Etat. Paris, 1865, in-8°.

M. Aucoc vient d'inaugurer de la manière la plus brillante le cours de droit administratif qu'il est chargé de faire à l'Ecole des ponts et chaussées. Ce cours comprend en premier lieu des notions générales sur l'organisation et les attributions des pouvoirs publics, en second lieu l'étude des matières administratives dans lesquelles les ingénieurs des ponts et chaussées ont une action. Cette dernière étude comprend elle-même, outre quelques notions générales de droit civil : 1° les règles générales de l'exécution des travaux publics, au triple point de vue des finances publiques, des rapports avec les entrepreneurs et des rapports avec les propriétaires; 2° les règles relatives à la voirie; 3° les règles relatives aux cours d'eau; 4° les règles relatives aux machines à vapeur et aux ateliers dangereux, insalubres et incommodes.

La première leçon indique à grands traits le plan du cours. Elle en annonce en même temps l'esprit, esprit d'équité, de justice, de ménagement pour les intérêts privés. La loi administrative en France est souvent encore bien dure. On ne sait pas assez combien le Conseil d'Etat la tempère dans l'application. C'est à cette école que M. Aucoc s'est formé, et nous en reconnaissons la tradition dans ces paroles qu'il adresse en terminant aux élèves ingénieurs : « Vos autres maîtres vous ont enseigné jusqu'ici les procédés les plus sûrs pour exécuter solidement les travaux publics, en ménageant les deniers de l'Etat. Je tiens à vous apprendre la manière de ménager un capital plus précieux encore : l'affection des citoyens pour le gouvernement. »

Nous regrettons de ne pouvoir analyser un fragment d'une autre leçon sur la centralisation et la tutelle administrative, mot malheureux auquel l'auteur voudrait substituer celui de *contrôle administratif*. M. Aucoc n'hésite pas à reconnaître que cette partie de notre législation pourrait être utilement révisée dans le sens de la liberté, mais à condition de ne pas porter atteinte à l'unité nationale. Ce sont bien là, en effet, les termes du problème, et il ne reste plus qu'à se mettre résolument à l'œuvre pour en trouver la solution. R. DARESTE.

HISTOIRE

DU DROIT PRIVÉ GRÉCO-ROMAIN [1].

LIVRE Ier.

DROIT DES PERSONNES.

TITRE Ier. — DU MARIAGE.

CHAPITRE Ier.

NATURE, CÉLÉBRATION ET DISSOLUTION DU MARIAGE.

§ 1. — Notion du mariage [2].

Dans le droit romain primitif, le mariage apparaît comme une union de sexes entre l'homme et la femme, par suite de laquelle celle-ci sort entièrement de sa famille et tombe sous la puissance (*manus*) du mari. Loin de jouir des mêmes droits que ce dernier, elle est placée sous sa dépendance. Elle n'a pas de fortune personnelle, tout appartient au mari ; par contre, elle entre dans sa famille, et, par là, prend part à sa succession, et les enfants dont elle le rend père sont enfants siens.

A côté de ce mariage rigoureux, et en le supplantant peu à peu, se place, dans le droit plus récent, ce qu'on appelle le mariage *libre*. Par ce mariage, la femme participe, il est vrai, à l'état du mari, et donne le jour à des héritiers siens, mais elle n'entre pas dans la famille du mari, et conserve son indépendance, quant à sa personne et à ses biens. Le mari supporte les

[1] Cet ouvrage, de M. Charles-Edouard Zachariæ de Lingenthal, a paru en allemand, à Leipzig, en 1856, et n'a été tiré qu'à 125 exemplaires. L'auteur a bien voulu nous autoriser à le traduire en français. (*Note de la rédaction.*)

[2] Le terme technique, en grec, pour désigner le mariage, est γάμος. Les néo-grecs se servent du mot γαμεῖν pour désigner l'union charnelle, et emploient d'autres termes pour le mariage, par exemple, ὑπανδρία, ἀνδρόγυνον.

frais du ménage, il est tenu de veiller à l'entretien de sa femme et de ses enfants ; comme contribution à cette charge, il peût recevoir, soit de la femme elle-même, soit d'un tiers, au moyen d'une constitution expresse, certains biens (*dos*), pour en jouir et les administrer, et réciproquement certains droits peuvent être assurés à la femme sur la fortune du mari (*ante nuptias donatio*).

Une conception plus élevée du mariage envisagé comme seule et unique union morale des sexes, ne ressort pas bien distinctement du droit romain [1]. Si la polygamie lui était étrangère, il considérait néanmoins le concubinat comme chose permise. Il regardait bien le mariage comme une union indissoluble, mais en ce sens seulement que l'on ne pouvait pas le contracter à temps ou sous condition résolutoire. Par contre, tout mariage était susceptible d'être dissous, non-seulement par suite d'une entente réciproque, mais même par la volonté d'un seul époux [2].

Les mœurs sévères des anciens Romains ont, il est vrai, sanctifié le mariage bien plus que ne l'ont fait les lois ; mais, au siècle d'Auguste, le relâchement des mœurs était déjà grand. L'antinomie entre l'ancien droit qui faisait consister le mariage dans l'assujettissement de la femme, et le droit postérieur, qui proclamait l'indépendance de la femme, n'a reçu sa solution que du christianisme, qui l'a trouvée dans la conformité des sentiments et l'affection. Il y a déjà, chez les jurisconsultes romains [3], un écho de l'idée chrétienne, lorsqu'ils définissent le mariage, soit comme une *individua vitæ consuetudo*, soit comme un *consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio*.

Au point de vue chrétien, le mariage est la seule union permise entre les sexes, étant donnée la nécessité d'une semblable union. Il est institué par Dieu même dans la création du premier couple, et la sanctification en est encore recommandée, d'une manière plus précise, par le sixième commandement. Il consiste dans une union complète et indissoluble entre les époux, qui non-seulement ont chacun les mêmes droits et les mêmes devoirs

[1] Le concubinat semble avoir passé des mœurs grecques dans celles des Romains. Démosth. *c. Neaeram*, 1386, 19 : Τὰς μὲν γὰρ ἑταίρας ἡδονῆς ἕνεκ' ἔχομεν· τὰς δὲ παλλακὰς τῆς καθ' ἡμέραν θεραπείας τοῦ σώματος· τὰς δὲ γυναῖκας τοῦ παιδοποιεῖσθαι γνησίως καὶ τῶν ἔνδον φύλακα πίστην ἔχειν.

[2] L. 2, C. *De inutil. stipul.*; Nov. 22, c. 3.

[3] L. 1, D. *De R. N.*, § 1, J. *de P. P.*

l'un vis-à-vis de l'autre, mais encore ne forment l'un avec l'autre qu'une chair et qu'un sang.

Si le droit romain postérieur s'était pénétré de ces idées, le concubinage et le concubinat auraient été traités d'une autre manière, la dissolution facile du mariage aurait paru impraticable, les rapports pécuniaires des époux auraient eu le caractère de la communauté, enfin on aurait considéré comme contraire à la raison toute distinction faite entre les rapports du père et ceux de la mère avec les enfants.

Toutefois, l'influence du christianisme sur la manière d'envisager les rapports naissant du mariage, est très-faible dans les constitutions des empereurs jusqu'à Justinien, même sur les points où les canons ont déjà dégagé et mis en relief l'idée chrétienne [1]. Il était réservé aux empereurs subséquents qui ont été gratifiés du nom très-méprisant d'iconoclastes, d'introduire une législation chrétienne sur le mariage; et cette partie de leurs constitutions reste digne d'attirer l'attention, bien que, sous les dynasties suivantes, elle ait en grande partie disparu, comme tout ce que ces empereurs avaient fait ou voulu faire, et que la réaction ait tout emporté [2].

§ 2. — Union des sexes en dehors du mariage.

Toute union qui n'est pas consacrée par le mariage, est réputée concubinage par les canons de l'Eglise (πορνεία). Le canon 3 *Gregor. Nyss.* dit en termes formels : Μία ἐστὶν ἡ νόμιμος συζυγία,

[1] L'opposition entre le droit civil et le droit canonique, en ce qui concerne les rapports résultant du mariage, est surtout frappante dans les titres y relatifs du *Nomokanon*, de Photius. On n'ignore pas, du reste, que Justinien a, dans la novelle 131, c. 1, donné force de loi aux canons des quatre premiers synodes œcuméniques.

[2] Le code valaque fait un pas rétrograde particulièrement sensible, en mettant le mariage à côté des contrats civils, et en le définissant ainsi (III, 16, 1) : Ἡ ὑπανδρεία εἶναι συμφωνία συναφείας ἀνδρὸς καὶ γυναικὸς πρὸς τεκνογονίαν ! Le code moldave est bien plus moral, § 63 : Αἱ τῆς οἰκογενείας σχέσεις θεμελιοῦνται διὰ τοῦ γαμικοῦ συμφώνου, δι' οὗ δύω πρόσωπα ἀρσενικὸν καὶ θηλυκὸν φανερόνουσι νομίμως τὴν θέλησιν αὐτῶν καὶ ἀπόφασιν, νὰ συζῶσι δηλαδὴ μετὰ συζυγίας νομίμου, ἀγαπητῶς, εὐσεβῶς καὶ τιμιῶς, ἐν συντροφίᾳ ἀχωρίστῳ· νὰ τεκνοποιῶσι· νὰ ἀνατρέφωσι τὰ τεκνὰ αὐτῶν, καὶ νὰ συμβοηθῶνται ἀμοιβαίως ἐν πάσῃ περιστάσει κατὰ τὸν δυνατὸν τρόπον.

et le c. 59 *Basilii* menace les πορνοί d'une excommunication de sept ans.

Au contraire, dans le droit de Justinien, le concubinat est encore reconnu comme union permise, produisant certains effets juridiques[1] pour la concubine (παλλακή) et ses enfants (*naturales liberi*, φυσικοί ou νόθοι παῖδες).

Ce n'est que le droit byzantin postérieur qui a commencé à adopter le point de vue de l'Eglise. D'après l'Ecloga des iconoclastes Léon et Constantin (de l'an 740), dans lequel cependant le mot παλλακή se trouve encore une fois[2], tout concubinat était, sans distinction, considéré comme union légitime[3]. Dans le même ordre d'idées, l'empereur Basile le Macédonien[4] décida que personne ne pourrait entretenir une concubine chez soi, mais qu'il devrait ou l'épouser ou la renvoyer, et, de même, son fils Léon interdit tout concubinat[5] et dit formellement[6]: Μεταξὺ ἀγαμίας καὶ γάμου οὐκ ἔστιν εὑρεῖν ἀκατηγόρητον τὸ γινόμενον[7]. Et les mœurs paraissent s'être soumises aux lois, car le cas de concubinat figure dans la Πεῖρα[8] comme un événement rare et par là même embarrassant pour le juge.

Abstraction faite du concubinat, la législation de Justinien connaissait encore d'autres unions en dehors du mariage : ainsi le *stuprum*, qui, s'il n'était pas permis, n'était pas non plus réprimé. Ici encore ce fut l'Ecloga des empereurs Léon et Constantin qui, adoptant les canons de l'Eglise relatifs aux différentes espèces de concubinage, édicta des peines corporelles et pécuniaires[9]. Ces dispositions pénales furent ensuite insérées dans le *Prochiron*[10] et les *Basiliques*[11].

[1] Voir *Photii Nomoc.*, XIII, 5.

[2] Tit. VI, c. 13.

[3] Tit. II, c. 8 *med.*

[4] Prochiron, IV, 26; comp. Epanagoge, XVI, *schol. medio.*

[5] Nov. 91.

[6] Nov. 89.

[7] Comp. aussi Epanagoge, XVI, 27, *schol.* — Basil., XXVIII, 4, 13, *sc.* 1 *in fine*; — Harmenop., IV, 9, 34.

[8] Tit. XLIX, c. 24; comp. Maurer, *le Peuple grec*, I, p. 132. Μικρόν Γ, 9.

[9] Ecloga, XVII, 19-23.

[10] Tit. XXXIX, c. 59 et suiv. Elles se trouvent aussi dans l'Epanag., XL, 57 et suiv.

[11] Basil., LX, 37, 78, 84.

Sans doute, lorsqu'on voit Balsamon [1] se plaindre de ce que les peines de l'Eglise ne sont pas sévèrement appliquées, et ne trouver d'autre consolation que la confiance en la miséricorde divine, il est permis de supposer que les peines temporelles étaient encore plus rarement appliquées [2]. Mais Harménopule [3] estime que les peines sont maintenues, et le patriarche Athanase supplie l'empereur Andronic Paléologue [4] de donner des ordres aux magistrats pour la répression de tout concubinage.

§ 3. — Empêchements au mariage [5].

La doctrine de l'Église chrétienne qui reconnaît mieux la sainteté des liens du mariage, tout en donnant la préférence au célibat (selon I. Corinthiens, 7), a exercé une influence considérable sur les lois relatives aux empêchements de mariage. Au fond, les empêchements établis par la législation de Justinien sont restés en vigueur depuis, seulement ils ont été en partie modifiés, en partie renforcés.

Il importe d'insister sur ce qui suit :

I. Le droit de Justinien ne reconnaît pas encore le mariage entre *esclaves*, à l'égal des justes noces; encore moins admet-il la possibilité d'un mariage entre personnes libres et esclaves [6]. Pareille union est aussi prohibée par l'impératrice Irène [7]. L'empereur Léon le Sage la maintient, au contraire, et, pour satisfaire à ce qu'exige la nature du mariage, il asservit l'époux libre au maître de l'autre conjoint, ou bien affranchit ce dernier, moyennant indemnité [8]. De même, il reconnaît d'une manière

[1] Ad c. 59, *S. Basilii*.

[2] Comp. Πεῖρα, XLIX, 4.

[3] Harm., VI, 3, 1, 2.

[4] Coll., V, nov. 26, c. 2, 3.

[5] Comp. en général Ecl., tit. II; Proch., tit. VII; Epanag., tit. XVII; Basil., XXVIII, 5. Une extension de la défense en vertu de laquelle le gouverneur de la province ne peut épouser une femme originaire de cette province, est contenue dans la vingt-troisième novelle de Léon. Suivant une novelle de Manuel Comnène (coll. IV, nov. 47), les membres de la famille impériale et les hauts dignitaires devaient se faire autoriser par l'empereur pour contracter mariage avec une étrangère. Comp. aussi Bals. ad c. 41, *S. Basilii*.

[6] Voir cependant Nov. 22, c. 11, 17.

[7] Coll. I, nov. 28.

[8] Nov. 100.

plus précise la validité du mariage entre esclaves[1], et Alexis Ier Comnène dispose expressément[2] que les mariages entre esclaves doivent être bénis tout aussi bien que les autres[3].

II. D'après le droit de Justinien, ceux qui sont placés sous la puissance paternelle ne peuvent contracter mariage sans le consentement du père[4]. L'Ecloga[5], au contraire, exige le consentement, non-seulement du père, mais des parents en général. Sous Basile le Macédonien, on fit retour, en ce point, à la législation justinienne[6], et c'est à elle que l'on s'est arrêté, peut-être par la raison que l'on redoutait la nécessité de déclarer trop souvent dénuée d'effet la bénédiction de l'Eglise, lorsque le défaut de consentement des parents invalidait purement et simplement le mariage[7]. Aussi, dans *Basilii* c. 38, 42, il est statué de la même manière que dans le droit de Justinien[8].

III. En ce qui concerne l'empêchement au mariage pour cause de différence de religion, le droit de Justinien ne défend que le mariage entre chrétiens et juifs[9]. Le mariage entre chrétiens orthodoxes et hérétiques était valable[10], seulement les fiançailles pouvaient être rompues *propter sectæ diversitatem*[11]. Cet état de choses se modifia, lorsque les canons du concile de Laodicée furent généralement reçus, en ce que le canon 31 de ce concile prohibe positivement le mariage entre orthodoxes et hérétiques, prohibition que le synode de Constantinople (de

[1] Nov. 101.

[2] Coll. IV, nov. 35.

[3] Comp. *Leunclavii Jus Græco-Romanum*, I, p. 344, 409 et suiv. — La loi valaque, III, 16, 1, et la loi moldave, § 154, prohibent le mariage entre personnes libres et esclaves.

[4] L. 11-13, D. *De sponsal.*, l. 2, 9, D. *De R. N.*

[5] Tit. II, c. 1.

[6] Proch., IV, 4, 7, 11, 12, 15, 19; Epanag., XVI, 5-7, 14, 21.

[7] Comp. Πεῖρα, XLIX, 10.

[8] Le code moldave, § 73-78, renferme des prescriptions encore plus rigoureuses. Comp. sur le devoir et le droit des parents de marier leurs enfants, Nov. 115, c. 3, § 11; Ecl., II, 5, 6; Proch., IV, 22-24; Epanag., XXXIV, 4, *sc. d.*; Epitome, XXIII, 7, 8.

[9] L. 6, C. *De Judæis.*

[10] Comp. le Κείμενον dans *Photii Nom*, XII, 13.

[11] L. 16, C. *De episc. aud.*; l. 5, C. *De sponsal.* Comp. en outre les Commentaires de Thalèle et Théodore dans les Basiliques, édit. Heimbach, III, p. 157, 168.

l'an 692) reproduit en termes exprès[1]. C'est bien dans ce sens qu'il faut entendre également l'Ecloga lorsqu'elle dit[2]: Συνίστανται γάμος χριστιανῶν. Et, bien que le *Prochiron*, l'*Épanagoge* et les *Basiliques* se contentent de reproduire les dispositions de la législation justinienne, un scoliaste des Basiliques[3] fait observer que le mariage entre orthodoxes et hétérodoxes ne peut pas être maintenu, parce que la communauté que le mariage doit établir entre les époux s'étend à tout ce qui concerne le droit divin[4]. Si le scoliaste ajoute : Σημείωσαι, πάνυ γὰρ αὐτὸ οἶδα ζητηθέν, Zonaras et Balsamon[5] ne manifestent aucun doute quant à la validité absolue de la prohibition canonique; et si Harménopule n'en fait pas mention, Blastarès la met en relief[6].

§ 4. — De l'empêchement au mariage pour cause de parenté, en particulier.

L'empêchement au mariage pour cause de parenté exige des développements plus étendus.

I. A raison *du lien du sang* (δι' αἵματος συγγένεια), le droit de Justinien prohibe purement et simplement le mariage en ligne ascendante, et en ligne collatérale entre frère et sœur seulement, et là où se trouve ce qu'on appelle le *respectus parentelæ* (τὸ πατρὸς ἢ μητρὸς τάξιν ἐπέχειν), c'est-à-dire où l'un des conjoints descend directement de l'auteur commun.

Le synode de Constantinople[7] fit un pas de plus (692) en ce que, dans le canon 54, le mariage entre enfants de frère et sœur

[1] Comp. aussi Syn. Carthag., c. 24; Syn. Chalced., c. 14.

[2] Tit. II, c. 1.

[3] *Sc. ad Bas.*, XXVIII, 4, 1.

[4] Cet argument puissant, qui s'était déjà imposé à Plutarque, Γαμικὰ παραδείγμ., c. 19, est, suivant Bals. ad., c. 72, Syn. Trull., la base de la prohibition canonique. Il se rencontre aussi dans *Photii Nom.*, XII, 13; Harmenop., édit. Heimb., p. 485, note 2.

[5] Bals. *Ad Phot. Nom.*, XII, 13, fait observer seulement que les Ibériens avaient coutume de contracter des alliances mixtes avec les Agaréennes, et supplie l'empereur de s'y opposer.

[6] Leuncl. J. G. R., 1, p. 505. Le code valaque (III, 16, 2) et le code moldave (§ 91) contiennent également la prohibition des mariages mixtes. Sur la question des mariages mixtes dans l'Eglise grecque, comp. la *Reise in den Orient* de l'auteur. Heid., 1840, p. 290 et suiv.

[7] Le synode ou concile de Constantinople de l'an 692 est aussi appelé

(ἐξάδελφοι) est prohibé [1]. L'Ecloga (740) le défendit, en outre, entre petits-enfants de frère et sœur (διπλοεξάδελφοι) [2]. L'empêchement pour cause de *respectus parentelæ* ne s'y trouve pas expressément marqué, il est vrai, mais les difficultés bien connues qui s'élevèrent au sujet du mariage de l'empereur Héraclius avec sa nièce Martina [3], font supposer que cet empêchement avait été maintenu, d'autant que l'Ecloga [4] frappe tout au moins d'une peine les unions conclues entre oncle et nièce, ou tante et neveu. On trouve aussi les cas prévus par l'Ecloga et l'empêchement pour cause de *respectus parentelæ* dans le *Prochiron* [5], l'*Epanagoge* [6] et les *Basiliques* [7].

Dans cet état de la législation, on aurait pu soutenir que tout mariage entre collatéraux du cinquième et sixième degré n'était pas nul : le mariage de l'ἐξάδελφος avec l'enfant ou le petit-fils de l'ἐξάδελφος (en d'autres termes, le mariage du μικρὸς θεῖος ou de la μικρὰ θεῖα avec la μικρὰ ἀνεψιὰ ou avec le μικρὸς ἀνεψιὸς et la fille ou le fils de ceux-ci) n'est pas expressément prohibé. Mais les Grecs, tout au moins, ne semblent jamais avoir douté qu'à raison des prescriptions précitées, en deçà du sixième degré de la ligne collatérale, tout mariage ne fût défendu [8].

Dans la suite, on a bien voulu soutenir que le septième degré aussi était un degré prohibé. On se fondait sur ce que la loi ne déclarait formellement permis que le mariage au huitième degré [9], et que celui du septième degré (dont la validité était restée indécise, d'après la règle posée dans *Basilii c.* 87) devait être ré-

synode trullanien, parce que les séances se tenaient dans la grande salle (*trullus*) du palais des empereurs de Constantinople. (*Note du Traducteur.*)

[1] Dans l'Eglise d'Occident, on s'est tenu plus à la lettre de la législation de Justinien, mais on a aussi beaucoup étendu les empêchements au mariage pour cause de parenté, par l'introduction d'une autre manière de compter les degrés.

[2] Tit. II, c. 1.

[3] Nicephor. *Hist.*, édit. Paris, p. 9.

[4] Tit. XVII, c. 33.

[5] Tit. VII, c. 3–6, 15.

[6] Tit. XVII, c. 3-6, 13.

[7] Lib. XXVIII, tit. V.

[8] Epanag. aucta, XV, 9, *in Prochir.*, p. 53, note.

[9] La loi 2, C. *De institut.*, dans laquelle les Grecs ont lu « *cum te filio suæ consobrinæ*, » etc., et par suite ont traduit : Ἐὰν τῷ τρισεξάδελφῳ γαμηθῇ. Comp. Basil., XXXV, 12, 30.

puté prohibé, par la raison que de là encore résultait une intolérable confusion dans les noms patronymiques.

Au commencement, cette opinion ne se manifesta qu'avec timidité ; le patriarche Sisinnius [1] mentionne encore en l'an 997, comme limite de l'empêchement, les τικτόμενοι ἀπὸ τῶν ἐξαδέλφων καὶ μόνοι. — Le patriarche Alexis, vers le milieu du onzième siècle, en l'an 1038, dit que les mariages conclus entre parents au septième degré ne sont pas nuls ; il les frappe seulement de peines spirituelles [2]. Le patriarche Michel déclare en termes plus précis, dans un décret synodal de 1057, que les mariages conclus entre parents du septième degré doivent être rompus [3]. Enfin cette doctrine est établie d'une manière positive, sous le patriarche Luc, par un décret synodal, en l'an 1166 [4], que confirma expressément l'empereur Manuel [5] et dont il n'a été donné qu'une seule dispense, par Isaac l'Ange [6].

Balsamon [7], Démétrius Chomaténus [8], Harménopule [9] et Blastarès [10] exposent en détail le droit nouveau. Ils auraient pu le résumer en cette simple proposition, que tout mariage entre collatéraux est défendu et nul, jusques et y compris le septième degré [11].

II. Empêchement au mariage *pour cause d'alliance* (ἐξ ἐπιγαμίας ἤτοι ἀπὸ λοξότητος συγγένεια, ἀγχιστεία, συμπενθερία). — D'après le droit de Justinien, sont considérés comme alliés (*affines*) les parents de l'un des époux avec l'autre conjoint, et cela au même degré auquel ils sont parents avec le premier. En cas d'une pareille affinité, le mariage est défendu d'une manière

[1] Leuncl. J. G. R., I, p. 201.

[2] Leuncl. J. G. R., I, p. 204. Voir *ibid.*, p. 201, une espèce résolue par ce passage. Μικρὸν Σ, 13 ; Mich. Alt., XIX.

[3] Et même : Ἀτίμως διαιρεθήσεται, Leuncl. J. G. R., I, p. 206, 264. Comp. aussi Πεῖρα, XLIX, 3, et Mich. Alt. Leuncl. in J. G. R., II, p. 24.

[4] Leuncl. J. G. R., p. 217.

[5] Coll. IV, nov. 69.

[6] Coll. IV, nov. 84.

[7] Ad Phot. Nom., XIII, 2.

[8] Leuncl. J. G. R., I, p. 311 et suiv.

[9] Harm., IV, 8, 1, 9.

[10] Leuncl. J. G. R., I, p. 480 et suiv.

[11] Avec cela, concorde le Πηδάλιον, p. 515. Le code moldave, § 92, prohibe le mariage μέχρι τοῦ ὀγδόου βαθμοῦ. De même aussi le Συνοδικὸς τόμος du P. Grégoire, de l'an 1839. Σύντ. τῶν κανόνων, édit. Rhalli et Potli, t. V, p. 175.

absolue en ligne directe ; en ligne collatérale, il ne l'est qu'au deuxième degré (ainsi le mariage successif d'un mari avec deux sœurs ou d'une femme avec deux frères). En outre, la législation précitée prohibe le mariage, par suite de *fiction* d'affinité, — quoique celle-ci ne soit pas encore établie, ou qu'elle ait cessé, — avec la fiancée du fils ou du père, avec la mère du fiancé, avec la fille issue d'un mariage ultérieur de la mère divorcée. Enfin, elle déclare prohibé — quoique, d'après la règle *Affines inter se non sunt affines*, l'affinité n'existe pas, — le mariage avec la veuve du fils du premier lit, avec le veuf de la fille issue du premier lit, avec la fille de l'enfant issu du premier mariage, avec la marâtre de l'épouse défunte.

Le synode de Constantinople alla plus loin encore, en l'an 692, en ce qu'il décida, dans le canon 54, que le père et le fils ne pouvaient épouser la mère et la fille, ni deux sœurs ; que la mère et la fille ne pouvaient épouser deux frères, enfin que deux frères ne pouvaient épouser deux sœurs [1].

Ces prohibitions furent sensiblement étendues :

1° Par le *Tomus* de Sisinnius, de l'an 997 [2]. Le patriarche se fonde sur le principe « Ἐν τοῖς γάμοις οὐ τὸ ἐπιτεταμμένον μόνον ἀλλά καὶ τὸ εὐπρεπὲς δεῖ σκοπεῖν » et la règle de S. Basile, c. 87, « Ἐν οἷς τὰ τοῦ γένους συγχέονται ὀνομάτα, ἐν τούτοις ὁ γάμος ἀθέμιτος [3] », et défend, malgré l'usage contraire, « δύο ἀδελφοὺς δύο ἐξαδέλφας λαβεῖν, καὶ τὸ ἀνάπαλιν δύο ἐξαδέλφους δύο ἀδέλφας· καὶ θεῖον καὶ ἀνεψιὸν ἀδελφὰς δύο, καὶ αὖθις ἀδέλφους δύο θείαν καὶ ἀνεψιάν. »

2° Par les *décisions synodales* du P. Xiphilinus, de l'an 1066 et 1067 [4], qui admirent, d'une manière absolue, la fiction de l'affinité résultant des fiançailles [5].

[1] L'Ecloga II, 2, ne développe pas ces prohibitions d'une manière complète. Le Prochiron (VII, 7 et suiv.), l'Epanag. (XVII, 7 et suiv.), et les Basiliques (XXVIII, 5, 1 et suiv.), ne mentionnent même que les empêchements du droit pur de Justinien, parce qu'ils sont presque entièrement destinés à reproduire la législation justinienne.

[2] Leuncl. J. G. R., I, p. 197.

[3] L'abus sophistique de ces arguments ne fut pas rare. V. surtout Eustathius Romanus in Leuncl. J. G. R., I, p. 414 et suiv., et le métropolitain Démétrius Syncellus, *eod. loc.*, p. 397 et suiv.

[4] Leuncl. J. G. R., I, p. 211, 212.

[5] Ces décisions synodales, quoique confirmées par l'empereur Nicéphore

Dans la suite on fit découler du *Tomus* du P. Sisinnius la règle, que le sixième degré entre alliés empêchait le mariage, et cela même entre un allié de l'un des époux et un allié de l'autre (ἐκ διγενείας), cas auquel on additionnait les degrés existant entre l'allié de l'un des époux et cet époux, et ceux qui existaient entre l'allié de l'autre époux et ce dernier.

Toutefois cette règle n'était pas et n'est pas généralement décisive [2]. Car :

a. Alexis I[er] Comnène a statué [3] que, au sixième degré, le mariage θείου καὶ ἀνεψιᾶς πρὸς θείαν καὶ ἀνεψιὸν était permis. Cette exception [4] a toutefois rencontré beaucoup d'opposition [5] et reçoit tout au moins une interprétation aussi étroite que possible [7].

b. Le patriarche Jean Xiphilinus a, dans la suite, déclaré nul même le mariage entre alliés au septième degré, et sa décision a été confirmée par un rescrit impérial [8].

en l'an 1080 (coll. IV, nov. 13), ne paraissent pas d'ailleurs avoir été observées à la lettre. Comp. Leuncl. J. G. R., I, p. 217, 231 et suiv. Aussi Alexis I[er] Comnène, en l'an 1084 (coll. IV, nov. 24), ordonna qu'elles n'auraient effet que pour les unions bénies par l'Eglise (μνηστεῖαι ἰσοδυναμοῦσι τῷ γάμῳ). Comp. *infra*, § 6.

[1] C'est ainsi qu'on trouve cette règle dans la sentence synodale du P. Michel, de l'an 1057 (*Leuncl. J. G. R.* 1, p. 206) et les décisions contraires recueillies, d'après l'exemple donné par Eustathius Romanus, par un juge (sans doute l'auteur de la Πεῖρα, — *ibid.*, p. 407, 415 —) et par le métropolitain Demétrius Syncellus, sont isolées. Comp. plus haut note 3, p. 474 et Πεῖρα XLIX, 13.

[2] C'est pour cette raison que Manuel Malaxus dit dans son *Nomocanon* : Οἱ νεώτεροι ἐσυγχώρησαν καὶ ἔκτον, καὶ ἐκώλυσαν καὶ ἔβδομον ὅταν κάμνῃ σύγχυσιν. En cela aussi concorde le Πηδάλιον, p. 516 et suiv. Le code moldave, § 93, est encore plus rigoureux, en ce qu'il prohibe sans exception le mariage au sixième degré. Comp. le décret synodal du P. Néophytus, de l'an 1611, dans le Σύντ. τῶν κανόνων, de Rhalli et Potli, t. V, p. 156, 159. Le Συνοδικὸς τόμος de 1839 (*ibid.*, p. 175) prohibe le sixième degré.

[3] Coll. IV, nov. 40.

[4] La règle toute entière est en conséquence conçue autrement dans un avis de l'an 1199 (?) in Leuncl. J. G. R., I, 287 et suiv. Comp. sur l'ensemble de la discussion très-vive qui eut alors lieu à ce sujet, J. G. R., I, p. 285, 411.

[5] Comp. les actes du synode sous le P. Nicolas dans Leuncl. J. G. R., I, p. 215 et suiv. Balsamon, *medit.*, *ibid.*, p. 466, et *Ad Phot. Nom.*, XIII, 2, édit. Rhalli, p. 284, 291.

[6] Démétrius Chomat. dans J. G. R., I, p. 313 et suiv. Harmenop., IV, 8. 3. Voir aussi Blastarès dans J. G. R., I, p. 482.

[7] Leuncl. J. G. R., I, p. 267.

c. Une novelle de l'empereur Manuel, de l'an 1175[1], semble restreindre la portée du *Tomus* du P. Sisinnius, en ce sens que, si un pareil mariage ne peut pas être contracté facilement ni impunément malgré la prohibition, du moins, une fois contracté, il n'est pas nul de plein droit, mais seulement punissable.

Enfin *d*. La règle, en tous cas, n'est pas applicable en ce qui concerne les alliés ἐκ τριγενείας, c'est-à-dire ceux pour lesquels l'alliance résulte de deux mariages différents entre trois familles[2]. En pareil cas, les uns s'en tiennent aux prohibitions de Justinien[3]; pour les autres, et notamment pour Balsamon, Harménopule et Blastarès[4], il est de principe que, au quatrième degré, l'empêchement n'existe pas, bien que d'après l'aveu même de ce dernier la pratique soit contraire[5].

III. Empêchement au mariage *pour cause de parenté résultant de l'adoption* (διά θέσεως ἤτοι υἱοθεσίας συγγενεία). — Cette parenté, d'après la législation justinienne, produit un empêchement au mariage, de même que celle du sang; toutefois seulement entre l'adopté et l'adoptant, les agnats de celui-ci et ses cognats en ligne ascendante. L'affinité n'est pas créée par l'adoption; seulement le père adoptif ne peut pas épouser la femme du fils adopté émancipé. L'empêchement prend fin lorsque le lien de l'adoption est rompu; dans ce cas, le mariage seul avec l'enfant qui avait été adopté ou avec les enfants de ce dernier est prohibé.

Le *Prochiron*, l'*Epanagoge* et les *Basiliques*[6] ne font que reproduire ces dispositions.

Toutefois l'ancien scoliaste de l'*Epanagoge*[7] fait déjà la remarque suivante : « Depuis que la novelle 118 a supprimé toute différence entre agnats et cognats, et que l'adoption se consomme à l'église, avec accompagnement de prières et par l'imposition des mains du prêtre, le lien de l'adoption pourrait bien être in-

[1] Coll. IV, nov. 76.

[2] Leuncl. J. G. R., I, p. 217, 231.

[3] *Ibid.*, p. 314, 406.

[4] Bals. ad c. 53 Syn. Trull. Harm., IV, 8, 3. Blast. in J. G. R., I, p. 484.

[5] Le Πηδάλιον, p. 520, étend la limite jusqu'au troisième degré; le Συνοδικὸς τόμος du P. Grégoire de 1839 (σύντ. τῶν κανόνων, édit. Rhalli et Potli, voir p. 175) jusqu'au quatrième.

[6] Proch., VII, 2, 5, 6, 10, 18, 19, 23; Epan., XVII, Basil., XXVIII, 5.

[7] Epan. XVII, 21 *sc*.

dissoluble, et le mariage prohibé, pour cause de parenté adoptive, au même degré que pour cause de parenté naturelle. » Cette manière de voir a été confirmée par l'empereur Léon[1], en ce sens que tout mariage entre frère et sœur adoptifs est prohibé.

Les jurisconsultes postérieurs[2] posent, en conséquence, en principe que la parenté résultant de l'adoption, en ce qui concerne les empêchements au mariage, doit être assimilée dans ses effets à la parenté du sang.

Pour ce qui a trait à l'usage connu sous le nom d'ἀδελφοποιΐα, il n'a pas donné lieu à un empêchement au mariage[3].

IV. Empêchement au mariage *pour cause de parenté religieuse* (ἐκ τοῦ ἁγίου βαπτίσματος συγγένεια). — Justinien, dans la loi 26, C. *De nuptiis*, défend le mariage du parrain avec sa filleule. Le synode de Constantinople, c. 53, le prohibe entre le parrain et la mère du filleul. — L'Ecloga II, 2, entre le fils du parrain et la filleule ou la mère de ce dernier[4]. Enfin une novelle de Léon et Constantin (776-780) prohibe, de plus, le mariage entre le frère du parrain et la filleule de celui-ci, ou la mère du filleul[5].

[1] Leonis nov. 24.

[2] Demetr. Chomat. in J. G. R., I, p. 315. Blastar, *ibid.*, p. 487; Harmen., IV, 8, 6. — Πηδάλιον, p. 523 et suiv.

[3] Basil., XXXV, 13, 17 *sc.*, édit. Heimb., III, p. 606. Πεῖρα XLIX, 11. Démétr. Chomat. *in J. G. R.*, I, p. 315. Niceph. Chartoph., *ibid.*, p. 342. Harm., IV, 8, 7. Un manuscrit de Manuel Malaxus contient ce qui suit : « Περὶ ἀδελφοποιΐας ὅπερνά μηδὲν γίνεται. Ηὐλέπενται οἱ θεῖοι πατέρες ὅτι πολλοὶ ἐγένοντο ἀδελφοὶ εἰς τὸ ἅγιον εὐαγγέλιον καὶ πολλαῖς τῶν φορῶν καὶ μετὰ αὐχῶν ἱερέων, διὰ τὸ ὁποῖον ἐγένοντο τέλειον ἀδελφοὶ διὰ τῆς ἐκκλησίας, καὶ ἐν ὑστέροις ἀθετήσαντες ἐκείνην τὴν ἀδελφότητα, ὅπου ἔκαμαν εἰς τὸ ἅγιον εὐαγγέλιον καὶ ἐπανδρευόντησαν· καὶ διὰ τοῦτο ἦλθε σύγχυσις πολλὴ εἰς τὴν ἐκκλησίαν καὶ θεωρῶντα τοῦτο οἱ θεῖοι πατέρες ὅτι ἔναι ἄτεμνον καὶ ἀπρεπές, ἔκοψαν αὐτῆν, καὶ ὥρισαν καὶ ἔστησαν ὅτι πλέον νὰ μηδὲν γίνεται ἡ αὐτὴ ἀδελφοποιΐα· εἰ δὲ καὶ φθάσῃ νὰ γένῃ, νὰ ἔναι ἄκυρος, καὶ ὡσὰν νὰ μηδὲν ἤθελε γένει ποτὲ, οὕτω νὰ λογίζεται. » Plus de détails sur l'ἀδελφοποίησις se trouvent encore dans Ducange, voir H. V. — Le Πηδάλιον, p. 524, rejette de la manière la plus formelle l'ἀδελφοποιησία. Par contre, il indique encore comme empêchement au mariage, p. 513 : Οἱ ἀλλήλους ἀρσενοκοιτήσαντες ἕνας τοῦ ἄλλου τὴν ἀδελφὴν νὰ παρῃ δὲν ἠμπορεῖ.

[4] Dans quelques manuscrits on ajoute que deux filleuls d'un même parrain — ἀδελφοὶ πνευματικοί — ne peuvent non plus contracter mariage entre eux. Comp. aussi Ecl., XVII, 25.

[5] Coll. I, nov. 26.

Dans le *Prochiron*[1], la loi 26, C. *De nuptiis*, a été insérée avec l'extension résultant de l'Ecloga, et avec cette disposition spéciale, que le parrain ne peut pas non plus épouser la fille de son filleul.

La raison indiquée dans ces derniers textes que « οὐδὲν ἀλλὸ οὕτως δύναται εἰσάγειν πατρικὴν διάθεσιν καὶ δικαίαν γάμου κώλυσιν πρὸς τὸν τοιοῦτον δεσμὸν, εἰ οὗ θεοῦ μεσάζοντος αἱ ψυχαὶ αὐτῶν συνάπτονται » a donné lieu plus tard [2] à une extension de ces empêchements, sans que pour cela on soit jamais arrivé sur ce point à un système complet et définitif.

§ 5. — Célébration du mariage.

Il n'y avait guère d'intérêt, en droit romain, à distinguer par des signes extérieurs le mariage et les autres unions, que pour régler les droits des enfants et les effets du mariage quant aux biens. Or, comme, en ce point, l'usage des fiançailles (qui prouvaient l'*affectio maritalis*), les cérémonies de la noce, la constitution de la dot et les pourparlers matrimoniaux suffisaient, on comprend que, même le droit de Justinien, ait pu s'arrêter à la proposition *solus consensus facit nuptias*, et qu'il n'ait prescrit la création des *dotalia instrumenta* (προικῶα) que pour les hauts dignitaires, y compris les *illustres*, par la raison que, dans ce cas, les rapports matrimoniaux quant aux biens pouvaient être plus compliqués [3].

Mais, comme le clergé insistait pour une plus grande sanctification du mariage, et déclarait toute autre union *punissable*, le besoin d'une forme solennelle et publique pour la célébration du mariage devait nécessairement se faire sentir.

L'Ecloga [4] fit un premier pas en ce sens. En se rattachant aux prescriptions de Justinien sur les *dotalia instru-*

[1] Proch., VII, 27. Ce passage a été inséré dans l'Epan., XVII, 31, et dans les Basil., XXVIII, 5, 14.

[2] Comp. Bals. ad c. 53 syn. Trull. Joannes Citri in J. G. R., I, p. 325 et suiv. Bals. Responsa, *ibid.*, p. 384. Démétrius Chomat., *ibid.*, p. 314. Blast., *ibid.*, p. 488. Harm., IV, 8, 7. Le Πηδάλιον, p. 522, s'attache en général aux cas prévus par la loi. Voir aussi le Σύνταγμα τῶν κανόνων, ex edit. Rhalli et Potli, V, p. 138, 158, 175. Malaxus, c. 182, dans Θεμὶς, VII.

[3] Nov. 117, c. 4.

[4] Tit. II, c. 1, 3, 8.

menta[1] et en se référant à une loi plus récente[2] par eux promulguée, les empereurs Léon et Constantin ordonnent que le mariage soit en général célébré *par écrit* (δι' ἐγγράφου προικῴου συμβολαίου) — dans une certaine forme[3] et d'après un certain modèle; — que, si ce mode est impraticable à raison de la pauvreté et de la basse extraction des époux, alors seulement le mariage pourra être contracté soit à l'église (δι' εὐλογίας), soit en présence d'amis (ἐπὶ φίλων)[4].

La législation de l'empereur Basile le Macédonien[5] fit retour, il est vrai, au droit de Justinien, mais décida que le mariage se ferait publiquement, sous certaines peines. Cette prohibition des mariages secrets, insérée dans le *Prochiron*, IV, 27, suppose généralement répandu l'usage de faire les fiançailles par-devant un ecclésiastique, ainsi qu'il devait arriver naturellement sous la double influence du clergé et de la tendance dont il a été question plus haut. Ceci explique comment, en dernier lieu, Léon, dans la novelle 89, ordonne d'une manière générale que les unions soient conclues au moyen de la *bénédiction religieuse* (εὐλογία, ἱερολόγος, ἱεροτελεστεία), et qu'à défaut elles soient considérées comme nulles[6]. Il va sans dire que, dans la suite, cette bénédiction ne pouvait pas davantage être donnée en secret (coll. II, nov. 98); mais, à ce qu'il paraît, ce furent seulement le patriarche Athanase et l'empereur Andronic Paléologue qui édictèrent cette prescription si indispensable[7], et déclarèrent que la bénédiction nuptiale ne pouvait être donnée qu'au su

[1] *Et ad edicta Præf. Præt.*, V, § 2.

[2] La question de savoir si cette loi concernait spécialement la célébration du mariage ou en général toute constatation d'un lien de droit, est restée douteuse.

[3] Avec signature de *trois* témoins. Suivant la novelle subséquente d'Irène (coll. I, nov. 27), les Προικῶα devaient être reçus par un notaire et signés par sept ou cinq témoins. Comp. aussi la scolie *in Basil.*, édit. Heimb., III, p. 466, note 6.

[4] La *Pompa et amicorum fides*, dont parle la loi 22, C. *De nuptiis*.

[5] Proch., IV, 6, 14, 17. Basil., XXVIII, 4.— L'Epanag., XVI, 1, indique des formes spéciales, en ce qu'elle établit que le mariage devait être contracté, sous peine de nullité, εἴτε δι' εὐλογίας εἴτε διὰ στεφανώματος ἢ διὰ συμβολαίου.

[6] Comp. Harm., IV, 4, 19, *ibiq.* sc. Cette scolie est extraite de l'Ecloga, lib. I-X. Basil., II, 3.

[7] Coll. V, nov. 26, c. 11.

du prêtre compétent (non ἄνευ τῆς βουλῆς τοῦ ἱερεῶς, παρ' ᾧ ἐκκλησιάζονται)[1].

§ 6. — Fiançailles.

De même que l'on fait précéder de préliminaires la conclusion de certaines affaires importantes, de même le mariage est précédé d'une promesse échangée entre les futurs époux. Les fiançailles (μνηστεία) fixent par avance le consentement des parties au mariage, et à cette occasion, on convient du régime auquel les biens seront soumis. Toutefois, il est à remarquer que, pour la conclusion du mariage, le préliminaire des fiançailles n'est pas indispensable[2].

Ceux-la seulement qui sont âgés de plus de sept ans, et pour lesquels il n'existe pas d'empêchements au mariage, peuvent contracter des fiançailles valables.

La promesse de mariage ne donne lieu ni à une action pour la conclusion effective du mariage, ni à une action en dommages-intérêts[3]. Elle n'a d'autre effet que d'empêcher l'un des fiancés, après la rupture des fiançailles, d'épouser certains proches parents de l'autre[4], et de le rendre infâme lorsque, avant cette rupture, il en contracte de nouvelles avec une tierce personne. Mais elle peut être rompue même par une dénonciation unilatérale.

Toutefois il arrive d'ordinaire, lors de la conclusion des fiançailles :

1° Que des arrhes (arrha, ἀρραβών)[5] sont données par le fiancé. Si les fiançailles sont ensuite rompues, le fiancé perd les arrhes, ou bien il faut qu'elles lui soient restituées au double, suivant que c'est lui-même ou la fiancée qui donne un prétexte fondé à la rupture des engagements intervenus[6]. Les arrhes sont remboursées purement et simplement, lorsque la mort ou un

[1] D'après *Ignat. ep. ad Polycarp.*, c. 5, Μετὰ γνώμης τοῦ ἐπισκόπου. — La décision de Justinien, quant à la προικῶα des *Illustres*, fut-elle maintenue après la novelle de Léon? — Comp. là-dessus *Sc. ad Epan.*, XVI, 27. Mich. Attal. in J. G. R., II, p. 25. Psellus, V, 1248 et suiv. Harm., IV, 4, 15.

[2] Leuncl. J. G. R., I, p. 216.

[3] Voir cependant Πεῖρα, XLIX, 24.

[4] Comp. II, § 4.

[5] De là, les fiançailles s'appelent ἀρραβώνισμος.

[6] Leo. nov. 93, 112, indique plusieurs *justas causas*. Comp. Πεῖρα, XLIX, 26.

consentement mutuel rompt les fiançailles, ou bien encore lorsque l'un des fiancés orphelin mineur [1] veut se retirer, avant d'avoir atteint la majorité, ou bien encore lorsqu'il entre au couvent [2], ou enfin lorsqu'il existait un empêchement au mariage.

2° Qu'une *clause pénale conventionnelle* soit stipulée par la fiancée pour le cas d'une rupture arbitraire. D'après la législation de Justinien [3], elle ne pouvait dépasser le quadruple des arrhes. — L'Ecloga I, 2, a laissé une plus grande latitude aux conventions qui peuvent intervenir en cas de rupture des fiançailles. Léon, dans la novelle 18, a érigé en loi l'usage de stipuler des peines (*pœnas*, ou προστιμήματα) en pareille circonstance. D'après cette législation, la clause pénale était, le cas échéant, recueillie par le fisc [4], disposition qui ne fut abrogée que par Alexis Ier Comnène [5].

L'église, dans son zèle pour la sanctification du mariage, arriva peu à peu à transformer les fiançailles elles-mêmes en une cérémonie religieuse, au moyen de la bénédiction de l'Eglise, et ce fait a exercé une grande influence sur le droit des fiançailles, en même temps qu'il y a répandu une certaine confusion.

Sur le fondement de cet usage, le synode Trullanien (692) décida d'abord (c. 98) que le fait d'épouser la fiancée d'un tiers serait regardé et puni comme un adultère : décision qui passa, avec certaines modifications, dans l'Ecloga [6], et qui, de là, fut insérée dans le *Prochiron*, l'*Epanagoge* et les *Basiliques* [7].

Mais comme cet état de choses, en cas de fiançailles précoces, amenait souvent des rigueurs excessives, l'empereur Léon le Sage [8] prohiba, — afin de ne pas laisser contracter légèrement des rapports si gros de conséquences, — les promesses expresses de mariage avec bénédiction religieuse, avant l'âge de quatorze ans pour les hommes, douze ans pour les femmes [9]. Mais passé ce

[1] L'Ecloga I, 4, ne parle pas ici de vingt-cinq, mais de quinze ans.

[2] Πεῖρα, XLIX, 26.

[3] Suivant l. 5, C. *De sponsal.* Dans le droit primitif, on considérait comme *inhonestum vinculo pœnæ matrimonia adstringi.*

[4] Epanag. XIV, 11; voir cependant Πεῖρα, XVII, 14.

[5] Coll. IV, nov. 24, c. 3; nov. 31, c. 2.

[6] Ecl. XVII, 32.

[7] Proch. XXXIX, 68; Epan. XL, 55; Basil. LX, 37, 83.

[8] Nov. 74, 109. — Comp. aussi Epanag. XIV, 11.

[9] Coll. IV, nov. 24, 31.

terme, elles ne pouvaient être rompues que comme le mariage lui-même. Alexis Ier Comnène confirma plus tard cette disposition, en considération des décisions synodales rendues sous le P. Xiphilinus[1], suivant lesquelles l'alliance entre beau-frère et belle-sœur et l'empêchement au mariage résultant de cette alliance, naissaient des fiançailles aussi bien que du mariage.

Par ces décisions, la législation civile a suivi sans aucun doute le point de vue religieux d'une manière plus apparente que réelle. Elles se réduisent à la défense de bénir les fiançailles contractées avant l'âge légal. *Sans* bénédiction religieuse, les fiançailles peuvent être contractées avant l'âge de quatorze ou douze ans[2], et pour celles-ci les prescriptions susindiquées de l'ancien droit sont entièrement applicables — même en ce qui concerne la quasi-affinité qu'elles engendrent[3]. — Mais les κυρίως μνηστείαι, ainsi que les appelle l'empereur Alexis, sont absolument assimilées au mariage[4] (ἰσοδυναμοῦσαι τῷ γάμῳ). Si, peu de temps après leur célébration, ainsi que le prescrit l'empereur, on procède à une nouvelle bénédiction et au mariage proprement dit, cela ne constitue qu'une différence de fait entre κυρίως μνηστείαι et γάμος[5].

§ 7. — Divorce[6].

Plus l'influence des idées religieuses était considérable dans la législation relative au mariage, ainsi qu'on a pu le voir par

[1] Voir plus haut, § 4, II.

[2] Zonaras *ad.*, c. 98 Syn. Trull., les appelle δεσμά. Dans coll. IV, nov. 31, on trouve δεσμὸς.

[3] Comp. J. G. R., I, p. 365. L'état de la législation est résumé d'une manière erronée, *ibid.*, p. 334. Voir aussi Bals., *Ad Phot. Nom.*, XIII, 4, édit. Rhalli, p. 300.— On est ici amené à se rappeler la distinction occidentale des *sponsalia de futuro* et *de præsenti*.

[4] On ne trouve nulle part la preuve que cela soit aussi applicable en ce qui concerne les effets juridiques quant aux biens.

[5] Comp. encore Harm., IV, 1, 11, 12; Blastar. in J. G. R., I, p. 510 et suiv. — Le Πηδάλιον, p. 12, note 2, et p. 524, de même que le code moldave, § 64 et suiv., s'accordent en tous points avec l'exposé que nous avons fait du droit moderne. Le code valaque, III, 15, au contraire, ne fait aucune allusion à un double mode de célébrer les fiançailles.

[6] Les mot grecs techniques sont : λύσις, διάλυσις, διάζευξις, χωρισμὸς τοῦ γάμου.

ce qui précède, et plus on aurait pu s'attendre à rencontrer pareil phénomène en ce qui concerne le divorce. Mais, si les sévères principes de l'Eglise touchant l'indissolubilité du mariage ont trouvé leur entière expression dans le droit *canonique*, ils n'ont exercé que dans la suite une certaine influence sur le droit civil, et cela pour ainsi dire seulement du temps des iconoclastes et très-passagèrement. Bien plus, l'opposition entre le droit religieux et le droit civil en cette matière, a persisté jusque dans ces derniers temps.

Les canons ont pour point de départ les paroles contenues dans le Nouveau Testament touchant le divorce[1]; ils se basent bien moins sur la défense du divorce, παρεκτὸς λόγου πορνείας[2], que sur ce que, d'après l'ordre du Seigneur et la recommandation de l'apôtre Paul, un homme divorcé ne doit plus se remarier, sous peine d'être considéré comme adultère. Cela est déjà enseigné par le canon 48 *Apost.* Le *syn. Carthag.*, c. 105 (en l'an 113), résolut de demander à l'empereur une loi en ce sens. — Les canons 48 et 77 *S. Basilii* imposent, au conjoint divorcé qui se remarie, des pénitences religieuses[3] et le canon 87 du synode de Constantinople récapitule ces décisions.

Plus les prescriptions de l'Eglise étaient sévères, plus celles du *droit civil* étaient douces. Justinien[4] place encore en tête de cette théorie, comme base principale : Τῶν ἐν ἀνθρώποις παρακολουθούντων τὸ δεθὲν ἅπαν λυτόν. Les conventions *ne liceat divertere* étaient formellement sans valeur[5]. Le divorce résultait d'un acte privé (διαίσιον, ἀποστάσιον), sans sentence du juge. Ce n'est

[1] Matth., V, 32, XIX, 9. — Marc., X, 4. — I. Corinth., 7.

[2] Les Pères de l'Église se déclarent, au contraire, avec énergie contre le divorce. C'est ainsi, par ex., que Grégoire de Nazianze dit (ép. 176, al. 211) : Τὸ ἀποστάσιον τοῖς ἡμετέροις ἀπαρέσκει πάντως νόμοις, κἂν εἱ ῥωμαίων ἑτέρως κρίνωσι. Si les canons ne s'expriment pas d'une manière plus précise, et s'attachent surtout à prohiber les secondes noces, cela tient à ce que celles-ci seules étaient de la compétence ecclésiastique.

[3] Le canon 9 *S. Basil.* fait cette réserve que, d'après le droit civil et la coutume, le mari, tout au moins, à qui la lettre de divorce a été envoyée par la femme, peut contracter un second mariage, sans que, pour ce motif, on puisse le considérer comme adultère.

[4] Nov. 22, c. 3.

[5] L. 134, *in fine*, D. *de V .O.*; l. 2, C. *De inutil. stipulat.*

que dans l'intérêt des bonnes mœurs que l'on frappe de certains désavantages celui des époux qui donne lieu au divorce, de même que l'on menace de peines ceux qui divorcent sans cause [1]. Toutefois, on considéra de tout temps comme cause suffisante, le consentement mutuel des époux ; et, quoique Justinien ait décidé le contraire, son successeur Justin ordonna de nouveau en 556 : Ἐξεῖναι κατὰ τὸ παλαιὸν τὰς ἐκ συναινέσεως διαλύσεις ποιεῖσθαι[2]. Enfin le convol en nouvelles noces des divorcés était essentiellement permis. Seulement Justinien s'était rapproché de la doctrine de l'Eglise, en ce sens que celui qui avait envoyé à son conjoint la lettre de divorce, sans cause, et ceux qui avaient divorcé *consensu*, devaient être enfermés à vie dans un couvent, et par suite ne pouvaient plus se remarier[3]. D'un autre côté, la femme divorcée par sa faute personnelle ne pouvait se remarier qu'après une période de cinq années, et non plus après le laps d'un an [4].

Une législation plus chrétienne fut celle des empereurs Léon et Constantin[5], qui décidèrent, en 740, dans l'Ecloga II, 12, 13, ce qui suit :

« La sagesse de Dieu, auteur et créateur de toutes choses, nous a éclairés sur l'indissoluble union de ceux qui vivent ensemble dans le Seigneur. Car, après qu'il eut tiré l'homme du néant, il n'a pas créé la femme de la même manière, quoique cela lui eût été possible, mais il l'a formée de l'homme, pour donner par là la loi de l'indissolubilité du mariage, puisqu'il n'y a plus évidemment qu'une chair réunie en deux personnes. C'est pourquoi aussi il n'a pas séparé la femme de l'homme lorsque, sur l'excitation du serpent, celle-là le précéda dans l'amère jouissance, ni séparé l'homme de la femme, lorsque le premier eut enfreint la loi de Dieu avec elle : il a puni la chute, mais n'a pas rompu l'union. Cette loi lumineuse a été confirmée par le Créateur, en ce

[1] Néanmoins, le divorce sans cause produit toujours effet : Κακῶς μὲν γίνεται, πλὴν ἔῤῥωται, ainsi que le disait le *Theodori Breviarium novellarum*, nov. 134, § 26.

[2] Coll. I, nov. 2.

[3] Nov. 117, c. 13 ; 134, c. 11.

[4] Nov. 22, c. 15.

[5] Comme sous tant d'autres rapports, l'Ecloga se rapproche aussi, en ce point, du synode de Constantinople.

que le Verbe, en s'adressant aux Pharisiens qui lui demandaient si un homme pouvait se séparer de sa femme pour quelque cause que ce fût, a dit : « Ce que Dieu a uni, les hommes ne « doivent pas le désunir, si ce n'est pour cause d'adultère. » Nous aussi nous voulons nous conformer à cette loi et nous y soumettre, et ne pas prescrire autre chose touchant ces matières ; mais comme un usage pernicieux est enraciné chez la plupart des hommes, et que beaucoup rompent le mariage pour diverses raisons, bien qu'elles soient sans fondement, lorsqu'ils n'ont plus d'affection l'un pour l'autre, nous avons jugé convenable d'indiquer dans la présente loi les causes pour lesquelles le mariage peut être rompu. »

Après cette introduction, on énumère les causes de divorce que voici : 1° adultère de la femme ; — 2° impuissance du mari ; — 3° tentatives de l'un des époux contre la vie de l'autre ; — 4° lèpre [1]. Toutes les autres causes de divorce, notamment la démence de l'un des époux, sont rejetées [2].

Pour éluder cette loi sévère, beaucoup de personnes employèrent un moyen détourné, en tenant elles-mêmes leurs enfants sur les fonts baptismaux ; de cette sorte, il naissait entre eux une parenté religieuse au degré prohibé [3], et leur mariage devenait nul. Mais sous les empereurs Léon et Constantin, vers l'an 780, ce moyen fut prohibé sous des peines sévères [4], et en même temps on fit de nouveau observer : Μὴ χρῆναι ἄνδρα γυναικὸς διαζεύγνυσθαι παρεκτὸς λόγου πορνείας.

Cependant cette constitution fait remarquer que souvent encore des divorces ont lieu, sans cause légale, κακῇ συμφωνίᾳ. Il est vrai qu'elle les tient pour condamnables, excepté dans le cas où ils se font εὐσεβείας σκοπῷ [5] ; néanmoins elle ne leur en-

[1] D'après l'introduction, on aurait dû s'attendre au rejet des trois dernières causes de divorce. La lèpre, comme cause de divorce, est tirée du cinquième livre de Moïse, XXIV, 1, que les Septante ont traduit par le mot ἀσχημοσύνη, et *Luther* par le mot *Unlust*. Comp., touchant la lepre comme cause de divorce, le *Concil. Compendiense*, c. 16 (Coteler. *Patr. apostol.*, I, p. 88). Le Πηδάλιον, p. 39, est, au surplus, très-disposé à reconnaître, en tous cas, les causes de divorce de l'Ecloga.

[2] Selon c. 15 *Timothei*.

[3] Selon c. 53, *syn. Trullan.* Comp. plus haut, § 4, IV.

[4] Coll. I, nov. 26.

[5] Ce qui s'accorde peu avec c. 5 *Apostol.*

lève pas leur efficacité, conforme en cela au droit de Justinien, et se borne à défendre, selon les prescriptions de l'Eglise, tout convol en secondes noces des époux ainsi divorcés [1], sous peine de nullité et d'amendes considérables.

Cette législation sévère sur le divorce a-t-elle été rangée dans la suite parmi les ἐκτεθείσας παρὰ τῶν Ισαύρων φληναφίας, ainsi que le dit l'*Epanagoge*[2], ou ne l'a-t-elle pas été? cela importe peu; il suffit de savoir que la législation postérieure de Justinien[3] se retrouve, avec quelques légères modifications, dans le *Prochiron* et les *Basiliques*[4], même en ce qui concerne le convol d'époux divorcés. En somme le droit civil byzantin s'en est tenu là[5]. Seulement il convient de remarquer à ce sujet que, d'après les jurisconsultes postérieurs, un divorce sans motif légal devait être considéré comme nul par interprétation exacte de la novelle 117, c. 11, pr.[6].

[1] Et cela d'une manière directe, et non pas comme conséquence de la séquestration dans un couvent, qui est supprimée.

[2] Proœm., § 2.

[3] L'Epanag., tit. XXIV, indique même les causes de divorce que Justinien reconnaît dans la novelle 22, mais que, dans la novelle 117, il avait de nouveau passées sous silence ou abolies.

[4] Proch., tit. XI; Basil., XXVIII, 7.

[5] Comp. néanmoins : 1° concernant le *divortium consensu*, coll. I, nov. 30; Proch., XI, 4; Epanag., XXI, 4, *sc. f.*; Basil., XXVIII, 7, 6, *sc.* I. *in f.* et 7, 8, *sc.*, 2 Enant.; Πεῖρα, XXV, 37, 62. (La prohibition est maintenue.) — 2° concernant la *folie* : coll. IV, nov. 14; Mich. Attal. *Histor.*, édit. Bonn, p. 312. Malaxus, c. 113 (θέμις, VII). — 3° concernant le *divorce* διὰ σωφροσύνην et δι' ἄσκησιν : Proch., XI, 4; Epan., XXI, 1, *ibid.*, *sc.* a-e; Basil., XXVIII, 7, 4; coll. II, nov. 117; Πεῖρα, XXV, 4, 38. — 4° concernant la γυνὴ διαλέγουσα ἄλλῳ περὶ γάμου : coll., II, nov. 30. — 5° concernant l'*avortement* : coll., II, nov. 31. — 6° concernant l'*absence* ou la *captivité du mari* : c. 31, 35, 36 *Basilii*, c. 93, syn. Trull.; coll., II, nov. 33; Manuel Malaxus, *Nomoc.*, c. 229 : «Ὅμως ἡ παροῦσα ὑπόθεσις ἐγένετο οὕτως συνοδικῶς καὶ ἀποφασιστικῶς παρὰ τοῦ παναγιωτάτου καὶ οἰκουμενικοῦ πατριάρχου κυροῦ διονυσίου ἐν ἔτει ζξδ', ὅτι ὅταν ὁ ἄνδρας ὑπάγῃ εἰς ἄλλον τόπον καὶ λείψῃ χρόνους ἑ ἀπὸ τὸ σπήτι τοῦ καὶ δὲν ἐνθυμηθῇ τελείως τῆς γυναικὸς αὐτοῦ νὰ τῆς στείλῃ ἔξοδον ἢ γράμμα ἀλλὰ αφήσῃ αὐτὴν παντελῶς χωρίς τίνος βοηθείας, νὰ χωρίζεται ἀνεμποδίστως τὸ τοιοῦτον συνοικέσιον καὶ νὰ ἔχῃ ἄδειαν ἡ γυνὴ νὰ πάρῃ ἄλλον νομίμον· καὶ ἀπὸ τότε οὕτως κρίνεται αὐτη ἡ ὑπόθεσις παρά τῆς καθολικῆς μεγάλης ἐκκλησιάς ὡς δικαία καὶ νομίμος. » Voir aussi Συντ. τῶν κανόνων, édit. Rhalli et Potli, V, p. 159. — Comp. en général Epan., XXI, 5, *sc. g.* — En cas de défaut de virginité, le mariage est invalidé pour erreur sur la personne. Πεῖρα, XLIX, 5; Harm., IV, 15, 10.

[6] Le divorce peut-il aussi, dans le droit moderne, résulter de conventions privées? Comp. Bals. *Ad* c. 48 *Apostol.* et *ad* c. 87 syn. Trull.

Partout où s'étend la domination de l'Eglise grecque, on rencontre encore de nos jours, sur cette matière, la contradiction entre le droit ecclésiastique et le droit civil. Le Πηδάλιον de l'Eglise grecque[1] reconnaît, il est vrai, l'adultère comme cause de divorce, mais il recommande, dans cette hypothèse, la réconciliation d'une manière toute spéciale, et défend en tous cas à l'époux coupable de se remarier avec une autre personne; celui qui divorce pour une autre cause doit être tenu pour adultère, et ne peut contracter une nouvelle union. Par contre, les codes valaque[2] et moldave[3], et en général l'usage ou plutôt l'abus suivi dans la société laïque, vont encore beaucoup au delà du droit de Justinien[4].

§ 8. — Secondes noces.

De même que l'Eglise prohiba le convol de personnes divorcées, de même, bien que pour d'autres motifs, elle considéra comme plus ou moins blâmable la conclusion d'un nouveau mariage de l'époux survivant, après la dissolution de la première union provoquée par la mort de l'autre conjoint. Elle s'appuya, en ce point, moins sur la nature du mariage que sur les dispositions formelles de la première Epître aux Corinthiens, 7, 8, 27, 39, 40. D'après ces textes, on regarda, il est vrai, les secondes noces comme licites[5], tout en considérant le veuvage ainsi que le célibat comme plus méritoires; mais déjà les canons édictèrent des pénitences[6] pour le cas de *troisièmes* noces, comme étant une polygamie successive blâmable, et on trouva dans Jean, IV, 18, la preuve que le Seigneur lui-même avait déclaré nulle une *cinquième* union.

La législation de Justinien ne se conforma en rien à ces prescriptions[7].

Une deuxième, troisième et subséquente union était permise

[1] Πηδάλιον, p. 37 et suiv.

[2] Τμ. 3, κεφ. 16, § 6. Mittermaier. Krit. Zeitschr. f. Gesetzg. d. Ausl., XII, p. 429.

[3] § 120 et suiv.

[4] Selon Harm., IV, 15, dans le royaume de Grèce.

[5] Syn. Laod. c. 1; *S. Basilii* c. 41.

[6] Syn. Neocæs. c. 3; *S. Basilii*, c. 4, 50, 80.

[7] Comp. le κείμενον, dans *Photii Nom.*, XIII, 2.

d'une manière absolue. Les peines *secundarum nuptiarum* n'étaient pas provoquées par les décisions de l'Eglise, mais avaient leur raison d'être dans l'intérêt des enfants du premier lit. De même, la prohibition pour la femme survivante de convoler avant l'expiration d'une année, reposait sur une autre base.

Mais peu à peu la doctrine des canons acquit à son tour la prédominance en cette matière. L'Ecloga paraît, par son silence, considérer une τριτογαμία comme chose impossible[1]. L'impératrice Irène, vers l'an 800, défendit toute troisième ou quatrième union[2]. Basile le Macédonien[3] décida que tout quatrième mariage était absolument nul et que le troisième devait être soumis aux peines canoniques; et son fils Léon [4], redoublant de rigueur, déclara que l'on devait d'autant moins cesser d'appliquer ces peines au cas de troisièmes noces, que déjà la δευτερογαμία n'était pas excusable.

Ce même Léon a toutefois enfreint sa propre loi ainsi que la loi canonique, peu de temps après, en convolant même en quatrièmes noces, fait qui amena une grande scission entre le clergé. Une partie se rangea du côté du patriarche Nicolas, — destitué pour ce motif par Léon, — qui avait excommunié l'empereur ; l'autre partie se rallia au nouveau patriarche Euthyme, qui releva l'empereur de son excommunication[5]. Ce n'est qu'après la mort de Léon que la querelle se termina par le τόμος τῆς ἑνώσεως, qui fut voté sous le règne de Constantin et Romanus, en l'an 920, par un synode et reçut la confirmation impériale, mais qui ne fut généralement admis que sous Basile et Constantin et dont, depuis cette époque, on fit tous les ans, au mois de juillet, la lecture en chaire[6].

Ce τόμος τῆς ἑνώσεως répète ce que le *Prochiron* avait déjà décidé, à savoir : qu'une quatrième union est nulle et que la troisième est punissable par les canons ; il ajoute que celle-ci est même absolument prohibée lorsque le contractant est âgé de quarante ans et qu'il a des enfants[7].

[1] Comp. l'édition de l'Ecloga (par l'auteur), p. 21, note 156.
[2] Coll. I, nov. 28.
[3] Proch., IV, 25.
[4] Coll. II, nov. 90.
[5] Comp. Beck, *De nov. Leonis*, édit. Zepernick, p. 52, 212, 220, 254.
[6] Coll. III, nov. 1; Bals., c. 4, *Ad S. Basilii*.
[7] Comp. Leuncl. J. G. R., I, p. 383 et suiv.; Matth. Blastar. *ibid.*, p. 497;

CHAPITRE II.

LÉGISLATION RELATIVE AUX BIENS DES ÉPOUX.

§ 9. — Sources.

L'histoire de la législation relative aux biens des époux est difficile à éclaircir, par plusieurs raisons [1]. D'abord, son point de départ — le droit de Justinien — dans la théorie des donations *propter nuptias*, est lui-même peu clair. Ensuite, précisément en ce qui concerne les relations matrimoniales entre époux, il paraît que, dans le cours des temps, les changements se sont opérés bien plus par l'habitude et par l'usage de certaines conventions que par la loi écrite. Enfin, parmi les lois qui exercèrent quelque influence sur le développement progressif du régime des biens entre époux, plusieurs sont tout à fait perdues ou n'existent plus que par fragments [2].

Parmi les diverses sources de l'histoire du régime des biens entre époux, l'Ecloga, tit. II, et l'*Epanagoge*, tit. XIX, sont les plus importantes. Cette dernière rapporte avant tout (c. 5-9) le droit tout particulier de l'Ecloga ; puis viennent (c. 12-17) les passages correspondants du *Prochiron* qui, en cette matière, se compose d'éléments tirés des sources mêmes du droit de Justinien, si bien que les chapitres 12-17 sont en contradiction avec les chapitres 5-9 ; enfin le scoliaste de l'*Epanagoge* écrit, au sujet des chapitres 12-17 (empruntés au *Prochiron*), qu'il n'ajoute pas ces chapitres ὡς ἐγκριθέντα, c'est-à-dire comme ayant la sanction légale, mais seulement à raison de leur opposition avec les chapitres 5-9. Le scoliaste s'étend, en même temps, en détail sur les dissemblances des deux systèmes et fait remarquer que, si le premier s'écarte du droit des novelles de Justinien, seul

Harm., IV, 9, 32 ; Πηδάλιον, p. 226 ; Bals. Resp. in coll. can., édit. Rhalli, IV, p. 481 ; Malaxus, c. 152 (Θεμίς). Le code valaque ne soulève pas plus la question que le code moldave.

[1] Le traité *De hypobolo*, de Sammet, dans Meermann. thes., t. VIII, est peu utile.

[2] L'auteur a réuni dans Coll. I, nov. 30, 31, les fragments de lois perdues ayant trait à cette matière. D'autres fragments se trouvent dans la Coll. II, nov. 20. Dans l'Ecloga II, 3, les empereurs Léon et Constantin rappellent τὰ παρ' ἡμῶν ἀρτίως εὐσεβῶς νομοθετούμενα.

véritablement en vigueur, le deuxième, extrait en partie des novelles plus anciennes modifiées plus tard par Justinien lui-même, n'expose pas précisément le droit qui doit être suivi dans la pratique.

Si maintenant on part de ce point de vue admis jusqu'à ce jour, que le *Prochiron*, aussi bien que l'*Epanagoge*, l'un plus tôt, l'autre postérieurement, furent publiés par l'empereur Basile comme un abrégé de la loi, on ne comprend pas que ce souverain, après avoir de nouveau remis en vigueur le droit de Justinien dans le *Prochiron* et les *Basiliques*, ait fini par reproduire dans l'*Epanagoge* le système de l'Ecloga qui y dérogeait. On comprend encore moins comment l'ancien scoliaste a pu dire que les passages correspondants du *Prochiron* n'ont pas été sanctionnés ; enfin on peut à peine s'expliquer comment l'empereur Léon le Sage qui, peu de temps après, introduisit dans ses novelles certaines dérogations au droit de Justinien, dans le sens de l'Ecloga et de l'*Epanagoge*, ait pu ignorer entièrement l'existence de cette dernière.

On ne pourra lever ces doutes qu'en admettant que l'*Epanagoge* est restée à l'état de simple projet, et n'a pas été publiée comme loi (aussi bien elle ne paraît avoir reçu de publicité qu'à ce titre, et accompagnée des observations du scoliaste, c'est-à-dire d'une personne chargée du soin de réviser le projet), et que, dans la pratique, elle n'a nullement remplacé le *Prochiron*[1]. De la sorte on s'explique aussi que quelques-unes des novelles de l'empereur Léon soient empruntées aux *monita* de ce réviseur[2], tandis que ces *monita* eussent été à coup sûr pris en considération dans l'*Epanagoge* elle-même, si elle avait été officiellement publiée.

Quoi qu'il en soit, l'*Epanagoge*, tit. XIX, trace un tableau fidèle de la confusion que la restauration du droit de Justinien introduisit dans cette partie de la législation, alors que le système de l'Ecloga avait jeté de profondes racines dans les mœurs. On verra plus loin comment cette confusion ne fut dissipée que grâce aux novelles conciliatrices de l'empereur Léon.

[1] Comp. l'édition de l'Epanagoge publiée par l'auteur, in coll. libror. J. G. R. ineditorum, p. 56 et suiv.

[2] Comp. *ibid.*, p. 57 note, 19.

§ 10. — Droit de Justinien.

Dans l'ancien droit romain, il n'était pas question d'une législation spéciale sur le régime des biens entre époux, par la raison que les biens de la femme passaient en entier dans le patrimoine du mari, et que celle-ci était à partir de ce moment *filiæ loco*. L'omnipotence du mari avait pour conséquence l'obligation illimitée de supporter toutes les charges du mariage.

Dans le mariage libre du droit postérieur, les époux étaient au contraire indépendants l'un de l'autre, pour leurs biens comme pour leurs personnes. Ils formaient deux personnalités distinctes placées l'une à côté de l'autre, avec cette restriction cependant, que le mari était toujours tenu de supporter les charges du ménage. Des dérogations étaient apportées à cette règle dans le cas où l'on constituait une *dos* du côté de la femme, pour concourir à l'entretien du ménage, etc., pendant la durée du mariage ; ou bien dans le cas où la femme obtenait du mari une *ante nuptias donatio* ; ou enfin lorsqu'on arrêtait certaines conventions relatives au sort du patrimoine de l'un ou de l'autre des époux, au moment de la dissolution de l'union.

La doctrine chrétienne sur le mariage aurait dû, ainsi qu'on l'a déjà fait remarquer (§ 1er), conduire à des principes tout différents sur les rapports matrimoniaux entre époux. Un *consortium omnis vitæ*, une *divini humanique juris communicatio* n'existe pas d'une manière complète sans une espèce de communauté de biens.

Quoi qu'il en soit, la législation, jusqu'à Justinien, ne s'est pas bien nettement rendu compte des nouveaux principes qui découlaient de la nouvelle manière d'envisager la nature du mariage. Ces principes n'ont pénétré que dans les mœurs publiques, et ne se sont manifestés que dans les contrats de mariage. Mais la législation, marchant au hasard et sans but, a oscillé de côté et d'autre [1], et ce n'est que partiellement qu'elle s'est con-

[1] C'est ainsi que les décisions concernant la *ante nuptias donatio* sont nombreuses. C'est ainsi encore que la loi un., C. *De R. U.*, ne repose sur aucun principe.

formée à l'usage et qu'elle a cherché à l'affermir et à le compléter.

En résumé, le droit de Justinien se réduit à ce qui suit :

Il était d'usage général que les biens de la femme fussent donnés au mari à titre de dot (προῖξ); par exception seulement, la femme réservait quelque partie de son patrimoine pour en avoir la libre disposition (*parapherna*, ἐξώπροικα). La loi eût peut-être réputé *dos* de plein droit la fortune personnelle de la femme, si la fiancée n'avait possédé que rarement un patrimoine indépendant, et si, en tous cas, ce n'eût été l'affaire du futur d'insister sur la constitution d'une dot. — Par contre, le mari constituait généralement[1] une partie de ses biens, pour concourir au même but (ἀντίφερνα, *propter nuptias donatio*, προγάμου ou προγαμιαία δωρεά). La novelle 97 en fit même une obligation légale pour lui, et en même temps Justinien ordonna que la quotité de la *donatio propter nuptias* fût constamment égale à celle de la *dos* (il confondait, en cela, ouvertement le principe de l'égalité avec celui de la communauté des apports).

Dos et *propter nuptias donatio* (désignés dans la suite sous le nom commun de προικοσυμβόλον) formèrent désormais le patrimoine des époux proprement dit[2]. Il est vrai que, pendant le mariage, le mari en a l'administration et la disposition comme chef de l'union, mais il est responsable de l'administration de ces biens, et son droit d'en disposer est soumis à certaines restrictions, afin que le fonds destiné à l'entretien du ménage reste intact. Si le mariage est rompu par le décès de l'un ou de l'autre des conjoints, l'espèce de communauté qui a existé jusque-là est absolument effacée, et la règle légale est que la *dos* doit être restituée à la femme, ou à son père, ou à ses héritiers ; que la *propter nuptias donatio* reste au mari ou à ses héritiers, comme si jamais aucun patrimoine commun n'avait existé, et comme si les biens du mari et ceux de la femme avaient été dès le principe distincts et séparés[3].

[1] L. 19, C. *De don. a. nupt.* « Interdum accidit ante nuptias donationem quidem nullam esse, solam vero dotem marito mulierem obtulisse. »

[2] L. 20, C. *eod.* « Et nomine et substantia nihil distat a dote ante nuptias donatio. »

[3] Toutefois, on sait qu'il y a une grande controverse sur le point de savoir si, dans le cas où le mariage laisse des héritiers, la *dos* reste au

Toutefois, en fait, on modifiait l'application de cette règle de droit par des conventions (*pacta dotalia s. instrumenta dotalia*, προικῶα συμβόλαια), au moyen desquelles on assurait à l'époux survivant, en dehors de ce que lui-même avait apporté dans le patrimoine commun, certaines portions de l'apport de l'époux décédé. Ces parts sont comprises parmi les *lucra nuptialia* (γαμικὰ κέρδη) et en forment la principale espèce. Les jurisconsultes grecs (voir par ex. Basil., XXIV, 1, 9 sc. 4) emploient à cet égard l'expression technique ἀπὸ τελευτῆς κάσσος, et distinguent encore en particulier le ἐξ ἀπαιδίας ou ἀτεκνίας κάσσος, en ce que, pour le cas où il n'y avait, lors du décès de l'un des conjoints, aucun enfant issu du mariage, on stipulait habituellement d'autres *lucra* que pour le cas opposé.

Pour ces modifications *conventionnelles* du régime des biens entre époux, Justinien décida, en dernier lieu, en ce qui concerne le caractère du patrimoine commun :

1° Dans la novelle 97, c. 1, que la *dos* et la *propter nuptias donatio* étant nécessairement égales, la même égalité devait être observée à l'avenir dans la participation à la *dos* ou à la *propter nuptias donatio*, stipulée pour le cas de prédécès sans survivance d'enfants (ἴσαι ἐπιδόσεις — ἴσα κέρδη).

2° Dans la novelle 127, c. 3, que le conjoint survivant, en cas d'existence d'enfants, n'aurait qu'une part d'enfant en toute propriété dans les κέρδη à lui attribués ; et que, pour le surplus, il n'en obtiendrait que l'usufruit, la nue propriété appartenant aux enfants ; mais en cas de convol en secondes noces, il est privé de la propriété de cette part d'enfant et n'en conserve que l'usufruit.

§ 11. — Système de l'Ecloga.

L'Ecloga des princes isauriens Léon et Constantin (de l'an 740) s'écarte essentiellement du droit de Justinien que nous venons de retracer. Elle développe cette idée que, par et durant le mariage, il s'établit une union non-seulement des personnes, mais aussi des biens, — une communauté, — union plus ou moins complète suivant que le mariage a été stérile ou non. En cas

veuf, la *propter nuptias donatio* à la veuve. Comp. Mühlenbruch, Pandectes, § 532, note 6, et § 539, note 14. Pour la seconde partie de la question, on peut encore comparer Epanag., p. 126, ligne 6 et suiv.

d'existence d'enfants, elle laisse subsister la communauté après la mort de l'un ou de l'autre des époux, en ce sens que le survivant devient possesseur du patrimoine commun, et elle y fait tomber, outre la dot et la donation pour cause de noces, toute la fortune personnelle du mari et de la femme. A la dissolution de la communauté, l'époux survivant obtient, indépendamment des biens par lui apportés en mariage, certains *lucra* en vertu de la loi et non plus seulement en vertu de conventions expresses. L'Ecloga rejette avec raison l'idée de Justinien sur l'égalité de la *dos* et de la *propter nuptias donatio;* car ce qu'exige l'essence du mariage n'est pas l'égalité des apports respectifs, mais l'égalité des droits sur les biens apportés.

Si maintenant nous entrons dans les détails, nous voyons que, suivant l'Ecloga, lors de la célébration du mariage le mari doit promettre par écrit la conservation de la dot reçue, ainsi que des biens par lui affectés à l'augmentation du patrimoine commun (τῆς ὡς εἰκὸς παρ' αὐτοῦ ἐν ἐπαυξήσει ἀποχαρισθείσης ποσότητος); et à cette occasion, il doit être stipulé un κάσος ἐξ ἀπαιδίας jusqu'à concurrence d'un quart [1].

Quant aux biens que le mari est tenu de destiner à l'augmentation du fonds commun, il ne se trouve dans l'Ecloga aucun terme technique spécial. Les lois postérieures [2] reviennent à celui de προγαμιαία δωρεά,— expression que l'Ecloga paraît avoir évitée à dessein, parce qu'elle n'exigeait plus la constitution d'une *donatio ante nuptias* égale à la dot, et entendait évidemment mettre à la place de cette *donatio* un apport libre, de la part du mari, dans le patrimoine commun. Plus tard encore, cet apport prend le nom d'ὑπόβολον [3], qui, d'après son étymologie, est entièrement synonyme de l'ancien terme technique ἀντίφερνα.

En ce qui touche la législation de la dot et de l'*hypobolon* pendant le mariage, l'Ecloga ne contient que peu d'explications. Le mari, à qui incombe la charge d'entretenir le ménage, a la

[1] Tit. II, c. 3.

[2] Coll. I, nov. 26, 31; Epan., tit. XIX.

[3] Dans les novelles de Léon, ce terme est d'un emploi général. Dans l'Ecloga I, 1, il est pris, au surplus, dans une autre acception, à savoir: celle de *arrha sponsalitia.* Il semble toutefois que, dans ce passage, il y a une glose qui repose sur un malentendu. Bals. in Voell. Bibl., II, p. 1099.

jouissance du patrimoine commun, mais il répond d'une ἀδιάπτωτος καὶ ἀμείωτος παραφυλακὴ καὶ συντήρησις[1], par conséquent il n'a pas, en général, le droit de disposer de la substance.

Lorsque le mariage est dissous par la mort[2], l'Ecloga distingue entre le cas où il existe des enfants et le cas contraire.

S'il n'y a pas d'enfants issus de l'union, et que la femme soit prédécédée, le mari survivant obtient un quart du προικοϋπόβολον[3] et n'en restitue que les trois quarts[4]. S'il contracte un mariage ultérieur, il ne garde rien et restitue le προικοϋπόβολον tout entier[5]; à l'inverse, est-ce la femme qui survit, le προικοϋπόβολον lui appartient, et de plus, elle prend dans les biens du mari une portion égale au quart du προικοϋπόβολον[6]. Mais ce gain de l'ἐξ ἀπαιδίας κάσος cesse de lui profiter, lorsqu'elle se remarie[7].

S'il existe des enfants, toute la fortune (non-seulement le προικοϋπόβολον, mais encore tous les biens du mari, de même que les ἐξώπροικα de la femme) reste entre les mains du conjoint survivant. A lui incombent l'administration et les soins du ménage, il pourvoit à l'éducation et à l'établissement des enfants. Ceux-ci ne peuvent réclamer aucune portion de la succession du prédécédé, pas plus que le survivant ne peut se soustraire à la continuation de la communauté. Ces rapports continuent à subsister :

1° Jusqu'à ce que tous les enfants soient majeurs (par conséquent jusqu'à ce que le plus jeune d'entre eux, d'après l'Écloga,

[1] Ecl. II, 3. Comp. aussi § 16.

[2] Voir, quant aux effets du divorce sur les biens des époux, § 16.

[3] Dans l'Ecl. II, 4, il n'est question, à vrai dire, que d'un quart, τῆς ὁμολογηθείσης προικός : néanmoins l'Epan. XIX, 5, et la novelle 20 de Léon, qui rappelle expressément le système de l'Ecloga, démontrent que dans la *dos* il faut comprendre en même temps Ποσότης ἐν ἐπαυξήσει ἀποχαρισθεῖσα, ce qui est devenu plus tard l'hypobolon.

[4] Ecl. II, 4; Epan. XIX, 5.

[5] Ecl. II, 10; Epan. XIX, 8.

[6] Ecl. II, 4, 10; Epan. XIX, 5.

[7] Ecl. II, 10; Epan. XIX, 7. La femme est-elle pauvre au point qu'il ne puisse être question d'un προικοϋπόβολον, elle obtient un quart de la fortune du mari, sans que toutefois elle puisse recevoir plus de 10 livres d'or, Ecl. II, 9 (d'après la novelle 117, plus de 100 livres d'or). Pour le cas où il y a des enfants issus du mariage, l'Ecloga n'avait pas plus besoin d'édicter des dispositions expresses que pour le cas où le mari était pauvre.

ait vingt ans accomplis) ; alors l'époux survivant, le père ou la mère, a le choix ou de continuer la communauté [1], ou de la rompre [2], de reprendre la fortune qui lui est propre [3] (μετὰ τὴν τῶν ἰδίων πραγμάτων ἐγκράτησιν) et de partager le reste avec les enfants (ἑνὸς παιδὸς μοῖραν λαμβάνειν).

Ou bien 2° Jusqu'à ce que le survivant convole en secondes noces. Dans ce cas, les *enfants* ont le choix entre la continuation ou la dissolution de la communauté. Sont-ils *majeurs*, ils peuvent ou rester dans le *statu quo*, ou réclamer de leur mère les *res paternæ*, du père les *res maternæ*. La mère garde alors la *dot* et l'*hypobolon* (naturellement aussi l'ἐξώπροικα), le père sa fortune personnelle [4]. Sont-ils *mineurs*, le père conserve provisoirement l'administration, à titre de tuteur (et la jouissance ?), des *res maternæ*, mais la mère doit provoquer la nomination d'un tuteur pour ses enfants [5].

§ 12. — Suite.

Jusqu'au moment de la restauration du droit de Justinien, sous Basile le Macédonien, le droit de l'Ecloga relatif aux biens des époux, est resté tout entier en vigueur. Les décisions des empereurs Léon et Constantin vers l'an 780, en présupposent

[1] C'est-à-dire, ainsi que le dit l'Epan. XIX, 5, 8, de conserver la jouissance de la fortune du conjoint prédécédé.

[2] Ce droit des parents de se séparer de leurs enfants rappelle l'ἀπεκπύρξις de l'ancienne législation grecque. L. 6, C. *de* P. P. 8, 47. Comp. aussi Πεῖρα, I, 14.

[3] Il n'est pas bien établi si la ἐν ἐπαυξήσει τῆς προικὸς ἀποχαρισθεῖσα ποσότης (l'hypobolon) était comptée parmi la fortune du père ou celle de la mère. D'après les novelles 22 et 85 de Léon, il semble que cette dernière hypothèse rentre dans l'esprit de l'Ecloga.

[4] Il n'est pas explicitement dit dans l'Ecloga (II, 6 *in fine*) si c'est après déduction de l'hypobolon qui doit être rendu aux enfants. Toutefois il est permis de l'admettre, à en juger par l'ensemble.

[5] Ecl. II, 5-7, 10, 11. Dans le c. 10, *in fine*, il semble aussi que l'on ait admis que les enfants du premier lit venaient concourir avec ceux du second à la succession de la seconde femme de leur père. Par contre, il n'est pas question de pareille dévolution de la succession du second mari de la mère aux enfants du premier lit de cette dernière. La différence entre ces deux hypothèses provient de ce que dans le premier cas, et non dans le second, l'époux remarié conserve jusqu'à la majorité des enfants l'administration et la jouissance des biens.

la validité [1]. Léon le Sage en attribue formellement la suppression à une ordonnance de son père [2].

Ce n'est que sous un rapport qu'on y apporta, dans l'intervalle, certaines modifications. Elles concernent le cas où l'époux survivant se remarie, alors qu'il existe des enfants du premier lit.

Si c'est la femme survivante qui convole, elle obtient immédiatement (ἀπενταῦθεν ἤδη), suivant une novelle [3], la moitié de sa dot et de l'hypobolon en pleine propriété (λαμβανέτω κατὰ δεσποτείαν); l'autre moitié est attribuée aux enfants du premier lit (καταλιμπανέτω). Selon l'*Epanagoge* [4], il semble que si la dot doit lui être laissée en entier, l'hypobolon ne lui est attribué que pour moitié, l'autre moitié étant réservée aux enfants. Indépendamment de la perte de la propriété de cette moitié, son droit à la succession *ab intestat* de ses enfants du premier lit est restreint. En effet, d'après le droit de succession *ab intestat* de l'Ecloga, les père et mère succèdent à leur enfant décédé, à l'exclusion de ses frères et sœurs; tandis qu'en cas de secondes noces, la mère ne succède plus seule à son enfant, mais concourt au partage de la succession, pour une part seulement, avec les frères et sœurs.

Si c'est le mari survivant qui se remarie, il perd, suivant la novelle sus-indiquée, la propriété et la jouissance de la dot et de l'hypobolon, et ne conserve en propriété qu'un tiers de l'hypobolon. L'*Epanagoge* ne connaît pas, il est vrai, cette peine, mais elle n'attribue également au père, vis-à-vis des enfants du premier lit, que le droit de succession *ab intestat* restreint dont il a été question plus haut.

§ 13. — Système mixte des novelles de Léon.

Ainsi qu'on l'a déjà fait observer précédemment, Basile le Macédonien a rétabli le droit de Justinien au lieu et place du système de l'Ecloga. Que cela ait été fait au moyen d'une nouvelle publication dans le *Prochiron* et les *Basiliques*, ou bien au moyen

[1] Coll. I, nov. 26.
[2] Coll. II, nov. 20.
[3] Coll. I, nov. 31, contient une trace de la loi dont s'agit.
[4] Epan. XIX, 7, 8.

d'une disposition spéciale, il importe peu. Léon le Sage [1] rappelle à ce sujet une διάταξις τοῦ ἀειμνήστου πατρὸς ἡμῶν, et montre en même temps que la constitution de son père n'avait pas pénétré dans la pratique, et que l'on suivait toujours encore le droit abrogé [2].

C'est pour donner satisfaction à cet état de choses que Léon, dans les novelles 20, 22 et 85, a admis la συνήθεια avec quelques modifications, et a édifié de la sorte un système dans lequel l'ancien et le nouveau droit sont mélangés, et qui depuis est resté la règle.

Tout d'abord, il n'est plus besoin, ainsi que Justinien l'avait décidé dans la novelle 97, que l'hypobolon soit d'égale valeur à la dot [3]; au contraire, il doit être d'une importance moindre. (Déjà dans le *Prochiron* et les *Basiliques*, la novelle 97 n'avait pas été admise ; dans l'*Epanagoge* [4] il était dit que l'hypobolon ne devait jamais être supérieur à la dot, mais il pouvait être d'une consistance soit égale, soit inférieure.)

Si le mariage est dissous par la mort, et qu'il n'existe pas d'enfants procréés pendant sa durée, la femme survivante obtient la dot et l'hypobolon ; le mari survivant conserve l'hypobolon et ne restitue que la dot aux héritiers de la femme, le tout à moins de conventions spéciales et contraires. (La femme n'obtient donc plus le quart ἐξ ἀπαιδίας, ni le mari celui du προικοϋποδόλον, mais il conserve, en place, l'ὑποδόλον tout entier [5].)

S'il existe des enfants, la femme survivante reçoit en pleine propriété, outre sa dot et l'usufruit de l'hypobolon, une part d'enfant dans l'hypobolon et dans le reste des biens du mari. Dans le cas où ceux-ci sont absorbés par l'hypobolon, elle ne touche naturellement qu'une part d'enfant dans l'hypobolon et l'usufruit du surplus ; et lorsque la fortune réelle du mari est inférieure à l'hypobolon constitué, la part d'enfant est calculée, non

[1] Coll. II, nov. 20.

[2] L'idée de la communauté de biens entre époux est aussi mise en relief dans Πεῖρα, LXVI, 21.

[3] En conséquence, il ne faut plus que les *augmenta dotis et hypoboli* soient d'égale valeur. Basil. XXIX, 2, I, sc. 2 *in fine*.

[4] Epan. XIX, 1.

[5] Coll. II, nov. 20. Le scoliaste de l'Epanagoge (p. 128, lig. 24, *in fine*) indique déjà ce point comme consacré par la coutume.

pas d'après les biens existants, mais d'après l'hypobolon promis [1]. De même, le mari survivant obtient, abstraction faite de l'usufruit qui lui est reconnu, une part d'enfant en pleine propriété, composée par conséquent de l'hypobolon et de la fortune de la femme, c'est-à-dire de la dot et des ἐξώπροικα [2]. S'il arrive que la part d'enfant attribuée au mari s'élève à une somme moindre que l'hypobolon promis, le mari doit tout aussi peu donner quelque portion de ses biens personnels que bénéficier de ceux de sa femme. Il n'a par conséquent jamais à délivrer l'hypobolon [3], mais il peut parfois acquérir en propriété certaines parties de la fortune de sa femme [4].

Pour le cas de secondes noces de l'époux survivant, les prescriptions de la législation de Justinien ont pleine autorité [5]. Elles sont de nouveau insérées dans le *Prochiron* et les *Basiliques*, et Léon n'y a dérogé en quoi que ce soit.

§ 14. — Droit postérieur.

Les novelles de Léon dont il a été question au paragraphe précédent, n'appartiennent pas à celles des ordonnances du même empereur qui sont plus tard tombées en désuétude. Elles sont, au contraire, reproduites dans l'*Ecloga novellarum Leonis* (dans le supplément de la *Synopsis*), où elles forment les novelles 12, 14 et 42, et sont souvent citées par les jurisconsultes postérieurs. Si bien que le système des novelles de Léon est constamment resté en vigueur, quoique les auteurs aient quelquefois perdu de vue les dispositions des novelles 22 et 85 de Léon, relatives à la part d'enfant et à la manière de la calculer [6], pour s'attacher aux dispositions contraires du droit de Justinien, reçues dans les *Basiliques*.

[1] Coll. II, nov. 22.

[2] Nov. cit.

[3] Et cependant Léon, au commencement de la même novelle 85, dit que l'hypobolon reviendra toujours, comme par le passé, aux héritiers de la femme.

[4] Coll. II, nov. 85. Le code moldave, § 1679-1681, s'exprime dans le même sens.

[5] Comp. au surplus Πεῖρα I, 14.

[6] Πεῖρα XXIV, 1, 4; XXV, 13, 24, 69; Eustathii Magistri *De hypobolo*, dans Ducange. Voir v° Ὑποβόλον; Mich. Psellus, V, 837-840; Mich. Atta-

Ce n'est que sous deux rapports que les coutumes ont fait subir une extension au système de Léon :

1° En ce qui concerne l'hypobolon. La constitution de l'hypobolon et la quotité qu'il peut atteindre étaient, d'après la législation de Léon, abandonnées à la discrétion du mari ; seulement l'hypobolon ne pouvait être stipulé d'une valeur supérieure à la dot. La constitution d'un hypobolon est considérée, dans la Πεῖρα [1] et chez Michel Attalensis, comme chose nécessaire : dans le doute, on admet qu'il est égal à la moitié de la dot, mais on peut le réduire par convention privée [2]. D'après le Μικρὸν, Harménopule et Phobenus, l'hypobolon ne doit être calculé, en cas de doute, qu'au tiers de la dot [3].

2° En ce qui concerne le θεώρητρον [4], cadeau que le mari fait ou doit faire à sa femme, en dehors de la προγαμιαία δωρεὰ ou de l'hypobolon, il apparaît pour la première fois dans une novelle de Constantin Porphyrogénète [5], et la Πεῖρα [6] l'appelle d'*origine récente* (ἡ ἔυρεσις τοῦ θεωρήτρου νεωτέρα ἔστιν) ; il n'est attribué qu'à la femme qui n'a pas encore été mariée [7] et constitue, en quelque sorte, un *pretium virginitatis* [8]. Il peut être stipulé d'une valeur illimitée, sans pouvoir être inférieur au douzième de la dot ; c'est

lensis, dans J. G. R., II, p. 25 : Τὸ μικρὸν ; v° Ὑπόβολον ; Const. Harmen. IV, 13 ; Matth. Blastarès, v° Προικῶα et Ὑπόβολον ; Georg. Phobenus, *De hypobolo*.

Πεῖρα XXV, 18, 19 ; dans le code moldave, §§ 1669, 1678, l'hypobolon conventionnel s'appelle ἀντιπρωίξ, et l'on n'emploie le mot ὑπόβολον que dans le cas où, à défaut de convention expresse, on l'admet de plein droit.

[2] La quotité peut-elle être supérieure ? Non, selon la Πεῖρα XXV, 19 ; Mich. Attalensis et les auteurs postérieurs ne mentionnent d'autre restriction que celle de la novelle 20 de Léon. Dans la Πεῖρα XVII, 14, il est dit : Στασιάζεται εἴπερ ἀπαιτηθῇ τὸ ὑπέρπλεον. Comp. aussi Πεῖρα LXIV, 5.

[3] En cela concorde aussi le code moldave, § 1678.

[4] On écrit aussi θεώρετρον.

[5] Coll. III, nov. 11, c. 2.

[6] Πεῖρα XXV, 47.

[7] Harm. IV, 13, 3, 4 ; voir cependant Μικρόν, Γ. 17 ; Θ. 10.

[8] Ducange, Glossar., *h. v.* — Comp. le code moldave, § 1683 : « Τὰ δῶρα, τὰ διδόμενα εἰς τὴν γυναῖκα παρὰ τοῦ ἀνδρὸς ἢ τῶν συγγενῶν αὐτοῦ τὴν δευτέραν μετὰ τὸν γάμον ἡμέραν δία τὴν τιμὴν τῆς παρθενίας λέγονται : Ἀνακαλυπτήρια, Προσφεγκτήρια, Ὀπτήρια, καὶ κοινότερον Θεώρητρα, καὶ ἀνήκουσιν εἰς αὐτὴν κατὰ δεσποτείαν τελείαν. »

à ce taux qu'on l'estime, à défaut de stipulation expresse [1]. Ce *theoretrum* est maintenant considéré comme une partie de la dot; la femme n'y a pas seulement un droit éventuel, comme à l'hypobolon, elle en a la propriété [2].

§ 15. — Suite.

A côté des divers systèmes qui viennent d'être analysés, la législation de Justinien, en tant qu'elle n'avait pas été expressément ou tacitement abrogée par eux, a été appliquée en fait à titre complémentaire, jusque dans les temps les plus récents. Ainsi toutes les dispositions qu'elle contient touchant la constitution de la dot, sa quotité, le droit du mari sur la dot pendant le mariage, la répétition de la dot, les priviléges de la dot et de la *donatio propter nuptias*, les différentes peines des secondes noces, les conséquences pécuniaires du divorce, les donations entre époux, etc. [3], tout cela est resté en vigueur. Il est difficile, sans doute, de préciser dans quelle mesure il en était ainsi, à côté du système de l'Ecloga, mais en tous cas, à côté du système de Léon, les principes de Justinien, reproduits par les *Basiliques* [4], ont été d'une application pratique, et il n'y a que quelques détails qui furent modifiés, en partie par des lois subséquentes, en partie par la coutume.

On peut signaler particulièrement ce qui suit :

1° Par rapport aux promesses de dot, Léon, grâce peut-être à un *monitum* du scoliaste de l'*Epanagoge* [5], a modifié la loi 7 C. *De dotis promissione* [6]; lorsque le père promet de donner la

[1] Πεῖρα XXV, 18, 47, 62. Μικρόν, Θ. 3. De même encore le code moldave, § 1685 : « Τὸ δωδέκατον τῆς προικὸς μέρος, οὐχὶ ὅμως ὑπὲρ τὰ χίλια φλωρία. »

[2] Πεῖρα XXV, 47 : « Ἡ γυνὴ πρὸ τοῦ γάμου καὶ ἐν τῷ γάμῳ τοῦτο δωρεῖται ὅτινι βούλεται καὶ διατίθεται ἐπ' αὐτῷ. »

[3] Comp., sur le droit des ἐξώπροικα, Πεῖρα XXIV, 2, 11; — sur *receptitia dos*, Πεῖρα XXV, 28; — sur les priviléges de la dot et de l'hypobolon (surtout sur la question de savoir jusqu'à quel point la dot avait le pas sur le fisc), Ecl. III, 2; Proch. IX, 15-17; Epan. XVIII, 31; XIX, 11; Basil. XXIX, 1, 96; *Tr. de creditis* (Heidelberg. Jahrbücher, 1841, p. 543); Coll. IV, nov. 3; Πεῖρα VI, 2; Harm. ed. Heimb., p. 548 sc.

[4] Basil., lib. XXVIII-XXX.

[5] Epanag. XVIII, 9, sc. *b*.

[6] Basil. XXIX, 1, 87.

dot sur ses biens personnels et sur ceux de sa fille, dans le doute, il est tenu de délivrer la moitié sur ceux-ci, l'autre moitié sur ceux-là [1].

2° Par rapport à l'aliénation d'un immeuble dotal, un scoliaste d'Harménopule [2] nous apprend que, de son temps, elle s'accomplissait au moyen d'actes publics, et que les règles de Justinien n'étaient plus suivies en ce point.

3° L'Ecloga [3] ordonne, peut-être en se référant à une *forma* du Préfet du Prétoire Léon [4], que la femme qui, après la mort de son mari, reste dans une espèce de communauté avec ses enfants, doit, par acte public, faire constater la valeur de la fortune du mari, de la dot et de ses paraphernaux. Pareille obligation n'est pas imposée au mari survivant. La consistance de la dot est généralement établie d'avance par le pacte dotal. Les rapports entre le mari survivant et ses enfants semblent tenir de ceux de la *potestas*, tandis que les rapports entre la mère et ses enfants se rapprochent davantage de ceux qu'engendre la tutelle.

L'*Epanagoge* [5] ne renferme pas cette décision de l'Ecloga ; par contre, elle exige que le mari survivant fasse un inventaire des *res maternæ*, quand il a des enfants, et qu'il convole en deuxièmes noces.

Léon, dans sa novelle 110, confirme l'Ecloga et précise en partie les délais pour faire inventaire, en partie les peines légales qui, en cas d'omission, frappent la femme. Cette décision, qui est également applicable dans l'hypothèse où la mère n'accepte pas la tutelle de ses enfants, a passé dans la pratique, et s'y est maintenue [6].

4° En ce qui concerne la succession de la veuve pauvre [7], Léon a ordonné, dans la novelle 106, sous l'influence peut-être

[1] Comp. aussi Πεῖρα XXV, 18, 46.

[2] Sc. ad Harm. I, 13, 20, ed. Heimbach, p. 162. Dans ce passage, il ne faut pas, avec Heimbach, changer le mot συγγνογραφίας du manuscrit en celui de συγγραφίας, mais il faut lire σιγνογραφίας, c'est-à-dire signature.

[3] Ecl. II, 5.

[4] Comp. les Ἀνέκδοτα de l'auteur, p. 269.

[5] Epan. XIX, 8.

[6] Comp. Πεῖρα XXV, 11, 21, 51; XLI, 27.

[7] Comp., sur le système de l'Ecloga, § 11, note 171.

des réflexions du commentateur de l'*Epanagoge*[1], que celle-ci, même lorsqu'il existe des enfants issus du mariage, reçût en propriété le quart ou la part d'enfant à elle attribuée par Justinien ; mais seulement pour le cas où elle ne convole pas[2].

5° En ce qui concerne la *querela* et l'*exceptio non numeratæ dotis*, elle appartient au mari, suivant l'Ecloga[3], pendant cinq ans à partir de la célébration du mariage, s'il est âgé de vingt-cinq ans; s'il est mineur, pendant cinq ans à partir du jour où il a atteint la majorité. L'*Epanagoge*[4] reproduit les dispositions de la novelle 100, mais avec quelques changements ou méprises[5]. Le *Prochiron*, au contraire, reproduit la loi 3 *De dote cauta non numerata*[6], tandis que les *Basiliques*[7] donnent de nouveau le texte de la novelle 100. Par suite il règne aussi, dans Harménopule, une grande confusion que le commentateur s'efforce de dissiper[8].

6° Lorsque le conjoint survivant se remarie, il est placé sous le coup des peines dont il a été question plus haut[9]; et de plus, il ne peut donner à son nouvel époux, sur son patrimoine propre, qu'une part d'enfant le moins prenant[10]. En ce qui concerne la femme survivante qui convole en deuxièmes noces avant l'expiration de l'année de deuil, le droit byzantin s'est arrêté de même aux dispositions de Justinien[11].

7° La dissolution du mariage occasionnée par une cause autre que la mort, produit, en partie, d'après la législation justi-

[1] Epanag. XIX, 9, 17, sc. *b.*, *c. in fine* et *k.*

[2] Voir Πεῖρα XXV, 10, 22, 71; Harm. V, 8, 81.

[3] Ecl. III, 1.

[4] Epan. XVIII, 26.

[5] Le commentateur, en les rectifiant, expose le droit pur de la novelle 100, et fait remarquer que l'on discute sur le point de savoir si le mari, qui est tenu de rendre la dot lorsqu'il ne peut plus invoquer l'*exceptio non num. dot.*, doit également délivrer l'hypobolon. Comp. sur cette question, Epan. XIX, 2; Proch. IX, 12; Πεῖρα XXV, 20.

[6] Proch. IX, 11.

[7] Basil. XXIX, 3.

[8] Harm. II, 2, 5-7, 9, ed. Heimb., p. 230.

[9] Voir § 11 et suiv.

[10] Ecl. II, 10; Epan. XIX, 10.

[11] Ecl. II, 10; Proch. VI, 4; Πεῖρα XXIV, 10, 13; XXV, 47, 48. Il n'est pas bien établi jusqu'à quel point l'Epanagoge XIX, 6, 9, d'une part, et la Πεῖρα XXV, 16, de l'autre, contiennent des dérogations quant à ce.

nienne, les mêmes effets, quant aux biens, que ceux qui résultent de la dissolution du mariage par la mort de l'un des conjoints; elle rétablit, en partie, les rapports matrimoniaux dans la situation où ils étaient avant le mariage; enfin, elle fait supporter certains désavantages pécuniaires, — qui sont particulièrement rigoureux en cas d'adultère [1],—à celui des époux qui, par sa faute, a provoqué le divorce.

L'Ecloga qui, pour le surplus, semble adopter tacitement le droit de Justinien, par cela même qu'elle ne contient pas de dispositions qui y dérogent, traite néanmoins l'adultère d'une autre manière, en ce qu'elle laisse à l'épouse adultère sa fortune [2]. Mais l'*Epanagoge* [3] revient déjà au droit de Justinien, avec une légère modification, et dans le *Prochiron* [4] et les *Basiliques* [5] le droit pur de la novelle 117 est de nouveau consacré.

On trouve toutefois, dans le droit plus récent, la trace de quelques modifications qui furent apportées aux peines pécuniaires prononcées pour cause d'adultère [6]. Jean Comnène rendit à cet effet une ordonnance [7], d'après laquelle la dot de la femme adultère appartient en premier lieu aux enfants issus du mariage rompu, ensuite aux enfants d'une union précédente et au mari outragé,—en ce cas, le partage se fait par tête; — enfin, à défaut d'enfants, au mari seul. Il est vrai que les jurisconsultes postérieurs ne font pas mention de cette novelle, peut-être parce qu'ils croyaient y trouver une restauration du droit de Justinien.

[1] Comp. Epan. XXI, 6, où le scoliaste donne un remarquable aperçu de toutes les dispositions de Justinien (sc. 1).

[2] Ecl. XVII, 27. Il se trouve des dispositions toutes particulières et plus étendues dans Coll. I, nov. 26, c. 1, pour le cas où un conjoint provoque le divorce parce qu'il a été le parrain de son propre enfant. (Comp. § 7.)

[3] Epan. XXI, 5, 6. Les dérogations à la novelle 117 se trouvent dans l'édition de l'auteur, p. 140, lig. 16-29, et p. 142, lig. 16-18.

[4] Prochir. XI, 5 et suiv.

[5] Basil. XXIII, 7, 1.

[6] Comp. Πεῖρα XXV, 23, et la novelle de la note suivante.

[7] Coll. IV, nov. 51. L'empereur Jean Comnène est, selon toute vraisemblance, Comnène le Grand, de Trébizonde.

§ 16. — Dernier état de la législation.

On a vu dans les paragraphes qui précèdent comment s'est formé, dans les derniers temps de l'empire byzantin, le droit sur le régime des biens entre époux. Un tableau plus ou moins complet de cette législation se trouve, soit chez Harménopule[1], soit chez Blastarès[2]. Elle est restée, autant qu'il est possible de le reconnaître à quelques traces éparses[3], en pleine vigueur[4] chez les Grecs, sous la domination des Turcs, quoique, à la suite du naufrage presque complet de toute connaissance juridique, il se soit introduit dans les us et coutumes une foule de dérogations de toute sorte. Dans le royaume actuel de Grèce, Harménopule est en général redevenu la règle ; toutefois, là où d'autres règles de droit ont été consacrées par l'usage, elles ont le pas[5]. On a essayé de faire remonter en partie ces ἔθιμα aux *Assises de Jérusalem* et aux *coutumes* françaises; mais à cela s'oppose d'abord ce fait, que Manuel Malaxus, du Péloponèse, dans son *Nomocanon* composé en 1562, à Thèbes, a puisé uniquement aux sources byzantines; et aussi bien les conquérants francs, d'après le système des droits personnels, ont maintenu aux Grecs tout au moins leur droit privé dans son intégrité. Bien plus, c'est le système de l'Ecloga qui, pour la plus grande partie, forme la base de ces coutumes (§ 11),

[1] Harm., lib. IV.

[2] Matth. Blast. litt. Γ, *passim*; Δ, c. 2; Π, c. 20; Ψ, c. 5.

[3] Surtout par le *Nomokanon* de Manuel Malaxus, c. 237-243. De l'ὑπόθεσις et du θεώρητρον, il n'y est pas fait mention, mais seulement de la *propter nuptias donatio*. En revanche le système de Léon est exposé de la manière suivante dans le c. 237 (sans doute tiré d'Harmenopule) : « Ἐὰν τις γυνὴ χαρεύσῃ καὶ δὲν ἔλθῃ εἰς δευτέρου γάμου, νὰ ἔχῃ τὴν προγάμου δωρέαν καὶ ὅλην τὴν προῖκα αὐτῆς, καὶ ἕνα μερτικὸν ἀπὸ τὰ πράγματα τοῦ ἀνδρός της ὡσὰν ἕνα ἀπὸ τὰ παιδία της, νὰ τὰ ἔχῃ εἰς τὴν ἐξουσίαν της νὰ τὰ κάμνῃ ὡσὰν θέλει· μόνον τὸ τρίτου τῶν πραγμάτων αὐτῆς νὰ φυλάττῃ διὰ τὰ παιδία της. Ὁμοίως καὶ οἱ ἄνδρες ὅπου δὲν ἔλθουν εἰς δευτέρου γάμου, οὕτως νὰ ἔχουν καὶ αὐτοὶ ἀπὸ τῶν πραγμάτων τῶν γυναικῶν αὐτῶν μερτικὸν ὡσὰν ἕνα παιδί. »

[4] Lorsque les contestations étaient portées devant des juges turcs, il n'était sans doute pas question de l'emploi des sources du droit byzantin.

[5] Des ἔθιμα semblables sont réunis par Π. Καλλιγᾶς dans Παράρτημα τῆς Θέμιδος Τόμ. γ' (Εὑρετήριον Τόμ. γ'), p. 273 du Sgouta (mais d'une manière plus complète dans le *Griech. Volk* de Maurer), I, p. 135, 212 et suiv.

quoiqu'il soit réservé à des découvertes ultérieures d'indiquer comment, — dans leur rapport avec l'histoire des populations de la Grèce, — quelques-unes de ces coutumes sont d'origine albanaise, d'autres d'origine occidentale; par exemple, la communauté de biens, κοινοκτημοσύνη, qui est indubitablement d'origine franque, et qu'on rencontre parmi la population catholique romaine de Syra [1].

Enfin, quant à la Valachie et à la Moldavie, le droit dotal romain se trouve reproduit dans les codes civils de ces deux pays. Dans le premier, il se rapproche davantage des sources romaines, avec plusieurs particularités [2]; dans le second, au contraire, il existe à peu près avec la forme qu'il avait reçue dans les derniers temps de l'empire byzantin [3].

TITRE II. — DES RAPPORTS ENTRE PARENTS ET ENFANTS.

§ 17. — Droit de Justinien.

Indépendamment des principes généraux sur les rapports entre parents et enfants, tels que ceux qui imposent aux premiers l'obligation de prendre soin de leurs enfants; aux autres, de témoigner respect et obéissance à leurs père et mère, le droit de Justinien reconnaît encore une puissance spéciale du père sur ses enfants légitimes, légitimés ou adoptifs (fils, filles, petits-enfants, etc.), et ne la laisse éteindre que par la mort ou

[1] Syra est l'une des îles de l'Archipel; la capitale, du même nom, est l'une des principales stations des Echelles du Levant. (*Note du Traducteur.*)

[2] Τμῆμα, κεφ. 16, § 9-48; Τμ. δ' γ' κεφ. β' et κεφ. γ' §§ 17, 23. Au lieu de l'ὑποβολον et du θεώρητρον, il n'est question ici, ainsi que chez Malaxus, que des προγαμιαία δῶρα. Le conjoint survivant recueille, avec ses enfants, une part virile, et, à défaut d'enfants, il recueille tantôt un sixième, tantôt le tout, suivant qu'il est en concours avec des parents de la femme et que le mariage a duré dix ans, ou qu'il n'existe pas de parents. Comp. Mittermaier, *Krit. Zeitchr. f. d. R. W. des Ausl.*, XII, p. 431.

[3] Le code moldave s'occupe du droit des époux, quant aux biens, dans les paragraphes 1608-1698. On en a déjà extrait divers passages dans les notes précédentes.

par une déclaration formelle et réciproque du père et de l'enfant (*emancipatio*). Il distingue, en conséquence, entre les *homines sui* et *alieni juris*, αὐτεξούσιοι et ὑπεξούσιοι [1], suivant qu'ils sont placés sous la *patria potestas*, ἐξουσία, ou qu'ils en sont affranchis. Cette puissance paternelle produit :

I. *Des effets quant à la personne.* Elle exclut la tutelle ; ce n'est que le mineur ὑπεξούσιος qui a besoin d'un tuteur. Elle attribue au père le droit de donner à son fils mineur ὑπεξούσιος un tuteur testamentaire. L'ὑπεξούσιος est, même quand il est majeur, restreint dans sa capacité. Enfin, il ne peut se marier sans le consentement de son père.

II. *Des effets quant aux biens.* L'ὑπεξούσιος ne peut disposer, soit entre-vifs, soit par testament, que de ce qu'il a acquis (*Basil.* XXXIX, 1, 59) comme soldat, fonctionnaire ou ecclésiastique (*castrense vel quasi-castrense peculium*) [2]. En ce qui touche tous ses autres biens, il est limité par la puissance paternelle. Ainsi notamment :

1° Le *paganum peculium* [3], c'est-à-dire tout ce que l'ὑπεξούσιος reçoit de son père ou acquiert avec les fonds de ce dernier, est généralement considéré [4] comme continuant à appartenir à celui-ci. Le père peut le reprendre à sa volonté. A la mort du père, les biens qui le composent font retour à sa succession, et l'ὑπεξούσιος ne peut pas en disposer par testament.

2° Les *adventitia bona* [5], c'est-à-dire tout le reste de la fortune

[1] La langue grecque a aussi créé les substantifs αὐτεξουσιότης ou ὑπεξουσιότης, pour lequel il n'existe en latin aucun mot correspondant.

[2] Les termes techniques en grec sont : καστρένσια (par corruption καναστρίσια, καναστέρσια) ἢ ὡσανει κ. — στρατιωτικὰ ἢ ὡσανει στρ. πεκουλία — ἰδίοκτητα.

[3] Les Grecs, pas plus que le droit de Justinien, ne rangent les *adventitia bona* parmi les παγανικὰ πεκούλια.

[4] Il existe des principes spéciaux pour la *dos* ou la *propter nuptias donatio* délivrée par le père à l'ὑπεξούσιος.

[5] Les Grecs appellent les *adventitia* ἀπροσπόριστα, par opposition aux παγανικὰ πεκούλια, qu'on désigne aussi sous le nom de προσποριζόμενα. Parfois, cependant, ces expressions s'emploient aussi dans un autre sens, suivant que la propriété ou la jouissance en est dévolue au père. Dans ce sens, les *adventitia* sont désignés sous le nom de προσποριζόμενα, tandis que les ἀπροσπόριστα, désignent les ἰδίοκτητα (Basil. ed. Heimbach, III, p. 551. sc.), et le *peculium adventitium extraordinarium*.

de l'ὑπεξούσιος (par exemple, ce qu'il a acquis par son travail personnel, ce qu'il a reçu de sa mère ou par succession), tout cela forme bien sa propriété; mais il ne peut pas en disposer par testament, et le père en a légalement l'administration et la jouissance (à l'exception de ce qu'on appelle les *adventitia extraordinaria*).

§ 18. — Transition.

La clef pour bien comprendre les principes du droit de Justinien qui viennent d'être exposés, se trouve dans l'histoire de la *patria potestas*.

Dans le droit romain primitif, la famille formait un tout étroitement renfermé en lui-même, une sphère juridique isolée, sur laquelle le *populus* et ses magistrats n'avaient aucune action, aucun pouvoir. Le père de famille y était maître absolu; il était, en quelque sorte, le *domesticus judex et magistratus;* de même que la femme était placée sous sa *manus*, de même les enfants se trouvaient sous sa *potestas*. Cette autorité s'étendait aussi bien sur leur personne que sur leurs biens.

Ce type de la famille fermée au dehors sous le gouvernement du père, était complétement inconnu au *jus gentium;* celui-ci la considérait en effet comme une union reposant sur des bases naturelles et morales, soumise à la surveillance et à l'immixtion de l'Etat, tout comme les autres relations civiles. Lorsque cette manière de voir trouva accès dans Rome, à la suite du contact de celle-ci avec la civilisation plus avancée des Grecs, tout l'ancien droit de la famille, et en particulier aussi la *patria potestas*, furent transformés peu à peu, soit par la coutume, soit par les empiétements des magistrats, soit enfin par la loi, en un système que l'on se plaît à appeler *plus libre* et *plus doux*, quoique le relâchement du lien légal de la famille ne soit pas sans grand danger pour la solidité du lien moral. Au surplus, cette transformation fut aussi hâtée par le développement du christianisme, dont la doctrine laissant de côté le lien légal de la famille, ne voit plus en elle qu'un lien d'affection, et met en première ligne non les droits, mais les devoirs réciproques établis par Dieu même.

Dans le droit romain postérieur jusqu'à Justinien, la marche

progressive de la transformation dont il s'agit se résume en trois tendances :

I. Les droits qu'engendrait la puissance paternelle sur la personne et les biens des enfants sont de plus en plus restreints. La juridiction du chef de famille sur les membres qui la composent, passe aux magistrats ; il ne lui reste plus qu'un droit de correction disciplinaire. Ce que les enfants acquièrent personnellement leur appartient en pleine propriété ; le père ne conserve que certains droits d'administration et de jouissance.

II. Les enfants s'affranchissent de la puissance paternelle, surtout alors que les effets légaux de l'émancipation en matière de succession sont depuis longtemps tombés dans l'oubli.

III. La mère est peu à peu assimilée au père, au moins en ce qui concerne la constitution et l'administration de la tutelle de ses enfants mineurs.

En marchant toujours sur cette voie on eût été conduit à faire de la puissance paternelle sur des enfants mineurs, une sorte de tutelle ; — à la supprimer sur les majeurs ; — à accorder ou à imposer à la mère, à l'égard de ses enfants et de leurs biens, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'au père.

C'est bien là, au fond, le système établi par l'Ecloga des empereurs Léon et Constantin ; mais, dans le neuvième siècle, le droit de Justinien fut remis en vigueur, avec quelques modifications, et alors il y eut un temps d'arrêt dans la législation. C'est seulement dans les temps modernes que, dans les pays de droit byzantin, on voit apparaître les conséquences auxquelles conduit le développement naturel des principes du droit de Justinien.

§ 19. — Système de l'Ecloga.

Dans l'Ecloga, on ne rencontre aucun effet particulier de la puissance paternelle sur la personne des enfants. Les droits et les obligations du père en cette matière sont communs à la mère. Par conséquent, tant que le père et la mère sont en vie, il ne peut être question de tutelle[1] ; le survivant, que ce soit le

[1] Excepté en cas de convol de la mère survivante, § 11.

père ou la mère, peut donner un tuteur testamentaire à ses enfants [1]. Enfin, ceux-ci sont tenus, pour se marier, d'obtenir non-seulement le consentement du père sous la puissance duquel ils sont placés, mais en général celui de leurs parents [2], sans qu'il y ait à distinguer s'ils sont ὑπεξούσιοι ou αὐτεξούσιοι.

Pour ce qui concerne les effets de la puissance paternelle sur les biens des enfants, l'Ecloga contient, au fond, les principes du droit de Justinien, touchant les *peculia militare et paganum* et les *adventitia bona* [3]; mais tout l'ensemble est plutôt conçu comme une sauvegarde pour la personne et les biens des enfants [4]. Un droit analogue à celui que le père a sur les *res maternæ*, est accordé, à raison de la communauté de biens spéciale qui existe entre le conjoint survivant et ses enfants [5], à la mère sur les *res paternæ*, et ce qui advient aux enfants par la mère (πρὸς κόσμον, καὶ τιμὴν ἔδόθη ἢ ἐπεκτήθη) est compté dans le *paganum peculium*, de même que ce qui leur advient de la même manière du chef de leur père.

Il n'existe donc plus de droit particulier au père que sur les biens que ses ὑπεξούσιοι acquièrent, par leur travail ou par succession, de personnes autres que leurs parents. Dans ce cas, le père a un droit de jouissance et d'administration, et les enfants, tant qu'ils sont ὑπεξούσιοι, ne peuvent en disposer par testament [6].

D'après l'Ecloga, c'est un point très-douteux de savoir si et dans quel cas ce droit particulier du père s'éteint pendant sa vie; en d'autres termes, si et comment les enfants, du vivant de leur père, peuvent devenir αὐτεξούσιοι. Plusieurs passages [7] semblent exclure l'idée d'une émancipation, tout au moins d'ὑπε-

[1] Ecl. VII, 1.

[2] Comp. § 4.

[3] Ecl., tit. XVI. L'Ecloga distingue ici trois sortes de patrimoines des enfants : Στρατιωτικὰ πεκούλια ἤτοι ἰδιόκτητα, παγανικὰ πεκούλια, et μητρῷα ἢ ἐξ ἱδρώτων καὶ καμάτων ἢ κληρονομίας περιαχθέντα.

[4] Ecl., II, 7 : « Τὴν τούτων (sc. τῶν ἀνηλίκων τέκνων) ποιεῖσθαι φροντίδα τὲ καὶ διοίκησιν. »

[5] Comp. § 11.

[6] Ecl. XVI, 5.

[7] Ecl. V, 1.

[8] Ecl., II, 7, et les mots « ὡς ὑπεξουσίων αὐτῷ τυγχανόντων » dans Ecl., II, 6.

ξούσιοι mineurs, ce qui serait tout à fait conforme au caractère plus tutélaire de la puissance des parents ou de celle du père. Pour les ὑπεξούσιοι majeurs, il semble que la puissance paternelle peut être dissoute par la volonté unilatérale soit du père soit du fils [1].

Toutefois, ce qui est dit dans ce paragraphe du système de l'Ecloga, quant aux effets produits par la puissance paternelle sur des ὑπεξούσιοι, n'est pas entièrement exact. L'Ecloga, à vrai dire, ne connaît plus une puissance *particulière* du père. La mère exerce la même puissance que le père (οἱ τούτους ἔχοντες ὑπεξούσιους). Aussi, dans Coll. II, nov. 27, est-il question d'une μητρικὴ ἐξούσια. Il convient d'édifier le système de l'Ecloga principalement d'après ce qui est exposé dans les paragraphes 11, 49, 50.

§ 20. — Législation postérieure.

Nous avons déjà remarqué plus haut que, au moment où, vers le neuvième siècle, la législation de Justinien fut remise en vigueur et publiée dans les *Basiliques* [2], l'on abandonna aussi le système de l'Ecloga, en ce qui concerne la puissance paternelle, et que, sur ce point, la législation de Justinien se trouva restaurée.

Cela est incontestable en ce qui concerne les effets de la puissance paternelle sur la personne des enfants [3]. Par contre, pour ce qui touche à ses effets sur les biens, on semble, par ignorance de la base historique des prescriptions de Justinien renfermées dans les *Basiliques*, avoir bien souvent méconnu leur véritable sens.

Le *Prochiron* et l'*Epanagoge* [4] ne parlent que de pécules *castrense vel quasi-castrense* et du *peculium paganum*, sans mentionner les *adventitia bona*, ce qui induit en erreur le scoliaste de l'*Epanagoge* [5] et lui fait émettre la proposition : que tout ce

[1] Ecl. II. 6, 7. Comp. § 11.

[2] Comp. surtout Basil. XLV, 4, et LVII, 2.

[3] Comp. §§ 4 et 26.

[4] Proch., tit. XXII; Epan. XXXI, 1-4.

[5] Dans l'édition de l'auteur, p. 170, sc. a. : « Ὅσα ἐκ τῶν ἄλλων ἐπιτηδευμάτων ἐπικτᾶταί τις, ἀλλὰ καὶ τὰ ἀπὸ μητρικῆς καὶ ἀδελφικῆς ἢ ἀλλαχόθεν

qui n'est pas *paganum peculium*, par exemple, les *res maternæ*, doit être rangé parmi les ἰδιοκτήτα de l'enfant et que, par conséquent, celui-ci a le droit d'en disposer par testament. D'autres preuves de cette méprise nous sont fournies par une novelle de Léon [1], dans laquelle le père, qui a la puissance sur ses enfants, n'est désigné que comme un τὴν ἐπιτροπὴν ἐγκεχειρισμένος. De même, la Πεῖρα semble accorder à l'ὑπεξούσιος la libre disposition des biens *adventitia*, au moins par acte entrevifs [2]. Il est vrai qu'un traité sur les pécules, qui paraît appartenir au onzième siècle, nous présente un tableau plus vrai et plus complet du droit de Justinien [3]. Mais dans les livres plus répandus des Byzantins postérieurs [4], tout ce qui a trait aux pécules est si erroné et si incomplet, qu'il est vraisemblable que la coutume s'était, à cette époque, plus ou moins écartée de la législation justinienne.

Toute cette institution de la puissance paternelle a beaucoup perdu de son importance [5] depuis une novelle de Léon qui semble se relier au système pratique de l'Ecloga [6]. Léon y dispose que l'enfant ne doit pas seulement devenir αὐτεξούσιος, dans le cas où le père lui donne τὸ ἀπόλυτον οἰκείῳ στόματι, c'est-à-dire l'émancipe, mais encore lorsqu'il lui permet de faire ménage à part : εἰ πρὸς διαγωγὴν ἰδιογνωμονοῦσαν ὀφθείη ὁ παῖς καταστὰς κἂν ᾖ γαμικῆς ὁμιλίας ἔξω (c'est ce qu'on appelle

ἐκ διαθήκης ἢ ἐξ ἀδιαθέτου κληρονομίας ἢ ἀπὸ γαμικοῦ κέρδους, ὅσα οὐκ εἰσὶ παγανικὰ, παντὰ νομίζονται ἰδιοκτήτα καὶ νομίμως ἐπ' αὐτοῖς δύνανται οἱ ὑπεξούσιοι διατίθεσθαι. »

[1] Coll. II, nov. 25.

[2] Πεῖρα, LXXII, 1 : « Ὅτι τρία εἰσι τα πεκούλια τῶν ὑπεξουσίων καὶ ἐν μὲν τῷ ἑνὶ, ἤγουν τῷ κανστρισίῳ, διατίθενται οἱ ὑπεξούσιοι· ἐν δὲ τῷ παγανικῷ οὐδ' ὅλως διατίθενται· τὸ δὲ μέσον ἐστί τὰ λεγόμενα ἀπροσπόριστα, ἅτινα μὲν ζῶν ὁ υἱὸς ἔχει, προτελευτῶν δὲ τοῦ πάτρος οὐ δύναται ἐπί τούτοις διατίθεσθαι. » κ. τ. λ. Comp. aussi Πεῖρα, I, 7; Basil., édit. Heimb., III, p. 551, sc.; Harm., V, 2, 7.

[3] Heimbach, Ἀνέκδοτα II, p. 247-269.

[4] Comp. *Veteres glossæ verborum juris*, ed. Labæus, p. 85 et suiv., et Μικρὸν, litt. II, 117; Mich. Attal., tit. I; Harm. V, 2, 4-7.

[5] Coll. II, nov. 25.

[6] Ou qui est peut-être la conséquence d'une fausse interprétation de la loi 1, C., *De patria potestate* (8, 46).

l'*emancipatio per separatam œconomiam*) [1]. L'interprétation exacte des mots « κἂν ᾖ γαμικὴς ὁμιλίας ἔξω, » doit-elle conduire à cette conclusion que tout mariage de l'enfant met fin à la puissance paternelle? Cela est douteux. Dans la Πεῖρα [2], un juge a admis le contraire pour la fille mariée, tandis que, dans un autre passage [3], il est dit à l'inverse : ὅτι ἄλογόν ἐστι τό συμφωνεῖν, ἔχειν καὶ μετά τὸν γάμον ὑπεξούσιαν τὴν θυγατέρα· οὐδαμοῦ γὰρ τοῦτο προέβη.

§ 21. — Dernier état de la législation.

La théorie de la puissance paternelle n'étant plus exposée que d'une manière insuffisante dans les livres modernes de droit byzantin, on comprend que les Grecs aient perdu de plus en plus, sous la domination turque, la notion du caractère essentiel de cette institution. La coutume usurpa la place du droit positif incompris ou oublié, et agit naturellement dans le sens que suivait depuis longtemps en cette matière le développement du droit gréco-romain.

C'est ainsi que Manuel Malaxus, dans son *Nomocanon*, fait consister la ὑπεξουσιότης tout simplement dans les rapports de dépendance dans lesquels les enfants vivent avec et chez leur père. Sitôt qu'ils obtiennent de lui leur apanage ou qu'ils se marient, ils deviennent *αὐτεξούσιοι* [4].

D'après les coutumes locales de la Grèce, récemment recueillies et mises en ordre [5], la mère, après la mort du père, entre généralement avec les enfants dans les rapports dans lesquels le père, sa vie durant, était placé vis-à-vis d'eux. La dépendance de l'enfant cesse s'il devient majeur, s'il se marie ou s'il

[1] Comp. Harm. I, 17, 18.

[2] Πεῖρα I, 8.

[3] Πεῖρα XLIX, 9.

[4] Manuel Malaxus, *Nomoc.*, c. 250 : « Αὐτεξούσια λέγονται τὰ παιδία, ὁπού πανδρεύσει ὁ πατὴρ αὐτῶν καὶ τούς δώσει τὸ μερτικόν τους καὶ εἶναι εἰς τὴν ἐξούσιαν τους καὶ κάθονται χώρια ἀπὸ τὸν πατέρα τους· ἢ καὶ δέν τά πανδρεύσει καὶ δίδει τοὺς τὸ μερτικόν τους καὶ τὰ κάμνει αὐτεξουσία. Ὑπεξούσια δὲ λέγονται τὰ παιδία, ὁπού δὲν ἔλαβαν μερτικὸν ἀπὸ τὸν πατέρα τους, μόνον κάθουνται μετ' αὐτοῦ εἰς τὴν ὑποταγὴν καὶ θέλησιν αὐτοῦ. »

[5] Sgouta, Παράρτ. τῆς θέμιδος, III, p. 277 et suiv.

fait ménage à part [1]. On voit combien ici toute cette institution se rapproche de la tutelle, avec cette seule différence, qu'il n'est pas question de compte à rendre par les parents touchant les biens des enfants dont ils ont eu l'administration.

Le code valaque ne consacre pas de section spéciale aux rapports existant entre parents et enfants. Ce n'est que par occasion que le père est comparé au tuteur, et ses droits et obligations doivent cesser dès que l'enfant est parvenu à la pleine capacité, à l'âge de vingt-cinq ans accomplis [2].

Le code moldave est le plus avancé dans le sens indiqué plus haut [3]. Le père y est entièrement assimilé au tuteur, au point que, par exemple, il n'a aucun droit de jouissance sur les biens de ses enfants et qu'il n'a que l'obligation de les administrer et d'en rendre compte. Cette πατρικὴ ἐξουσία prend fin lorsque l'enfant est majeur ou lorsqu'il a un ménage indépendant, à partir de l'âge de vingt ans, ou enfin lorsque le père l'affranchit judiciairement de la puissance.

L'assimilation de la puissance paternelle à la tutelle, combinée avec la doctrine de la légitime et de l'exhérédation, conduit nécessairement au relâchement du lien de famille. Jusqu'ici l'austérité des mœurs domestiques a préservé les Grecs de plus graves inconvénients, mais la nécessité morale et l'importance sociale et politique de familles bien unies et fortement constituées, ne peuvent plus échapper longtemps à l'attention de la législature du royaume de Grèce.

§ 22. — De la légitimation des enfants naturels.

Outre la naissance en légitime mariage, il y a encore deux manières suivant lesquelles, d'après le droit de Justinien, la puissance paternelle et, avec elle, les rapports entre parents et enfants pouvaient être créés.

[1] Ici, de même, on ne peut pas admettre la supposition d'une influence du droit franc (comp. § 16); on remarque, au contraire, une fois de plus l'affinité qui existe avec le système de l'Ecloga.

[2] Τμ. ά, κεφ. γ', § 2.

[3] Comp. § 196 et suiv.

La légitimation, introduite par Constantin le Grand, avait pour but de contre-balancer le concubinat, à cette époque généralement répandu dans tout l'empire. Pendant que, d'un côté, on restreignait la faculté de laisser par testament quelque portion de biens aux enfants issus du concubinat, on facilitait, de l'autre, l'assimilation de ces derniers aux enfants légitimes, et par là on voulait faire servir l'affection du père pour ses enfants à une transformation du concubinat en un véritable mariage.

Après la prohibition expresse du concubinat [1], il n'aurait plus dû être question, à proprement parler, de légitimation. Il n'y avait plus, à vrai dire, de *naturales liberi*, νόθοι παῖδες, ou φυσικοί, dans le sens étroit du mot, qui seuls, dans le droit de Justinien, pouvaient être légitimés.

Toutefois la légitimation, au moins par mariage subséquent, est encore formellement reconnue dans les *Basiliques*, et elle est valable pour tous les enfants naturels, à l'exception de ceux qui sont nés *ex damnato coïtu* [2].

§ 23. — De l'adoption.

En ce qui concerne l'adoption, elle a pour effet essentiel, d'après l'ancien droit romain, de créer la puissance paternelle et l'agnation qui dérive de celle-ci. De là il suit que, par

[1] Comp. § 3.

[2] Basil., XXXII, 1 ; XXVIII, 4, 48 ; Πεῖρα, XLIX, 25 ; Harm., V, 8, 67 et sc. ad. V, 8, 66. — Le code moldave, §§ 215, 216, connaît aussi cette légitimation et en outre, § 218, la légitimation *per rescriptum principis*. — Le code valaque ne parle pas de légitimation : comme mode de transformer les enfants naturels en légitimes, il indique l'adoption (τμ. δ', κεφ'. ε, § 5, 9). — Au surplus, il convient de mentionner ici un passage qui démontre que l'on cherchait encore dans les temps postérieurs à établir des distinctions entre les *naturales liberi* et les *spurii* ou *vulgo quæsiti* Il se trouve dans Manuel Malaxus, c. 575 : « Ὅταν κάμῃ τινὰς παιδία μετὰ τῆς νομίμου αὐτοῦ γυναικὸς, αὐτὸ τὸ παιδίον λέγεται γνήσιον· ὅταν δὲ ἔχῃ τίς γυναῖκα ἀνευλόγητον εἰς τὸ σπῆτι του καὶ κοιμᾶται μετ' αὐτῆς φανερῶς καὶ κάμῃ παιδίον λέγεται φυσικόν· ὅταν δὲ κοιμᾶται τὶς μετὰ γυναῖκος ἔξω τοῦ σπητίου αὐτοῦ καὶ κάμῃ παιδίον, λέγεται νόθον· ὅταν δὲ πάλιν γεννηθῇ παιδίον καὶ δὲν ἠξεύρει τινὰς ποῖος τὸ ἔσπειρε, λέγεται σκέτον. » Le code valaque dit, I, 2, 2 : « Νόθοι εἶναι ὅσοι ἀπὸ παράνομον συνουσίαν γεννῶνται. »

exemple, les hommes seuls pouvaient adopter. Mais plus la puissance paternelle et l'agnation perdirent de leur importance, et plus les autres effets qui en naissent, notamment les droits de succession, furent mis en relief. Le côté naturel de l'adoption en fit oublier le caractère civil, et la maxime *Adoptio naturam imitatur* reçut sans cesse une extension plus considérable.

Dans le droit byzantin on considéra l'adoption comme un mode de créer les rapports qui existent entre parents et enfants, et comme ces rapports naissaient d'une union bénie par l'Eglise, il était aussi passé dans l'usage de faire consacrer l'adoption par une bénédiction solennelle [1]. Dans le Πήδαλιον, p. 327, les enfants adoptés sont appelés ψυχοπαίδια. La parenté adoptive fut de plus en plus assimilée, par ce moyen, à la parenté du sang et considérée comme indissoluble (au moins en ce qui touche les empêchements de mariage [2]).

Quant aux autres effets de l'adoption, les *Basiliques* [3] connaissent encore, il est vrai, les distinctions de Justinien entre l'*arrogatio* et ce qu'on appelle l'*adoptio piena* ou *minus plena*. Mais dans l'usage et la pratique, toute adoption semble avoir été traitée, à en juger par ses effets, comme une *adoptio minus plena*, si bien qu'elle ne donnait des droits qu'à l'adopté, notamment des droits de succession. L'*Epanagoge aucta* [4] dit positivement que « τὰ τῆς υἱοθεσίας παντελῶς ἐνηλλάγη· οὐχ ὑποκειμένων τῶν υἱοθετουμένων τῇ δουλείᾳ τῆς ἀρχαίας ὑπεξουσιότητος, ἧς λυομένης καὶ αὐτὴ ἡ υἱοθεσία ἐλυέτο, οὐδὲ κερδαινόντων τῶν θετῶν πατέρων τῆς τῶν θετῶν υἱῶν ὑποστάσεως. »

L'importance de l'adoption étant ainsi réduite, il n'y avait plus de raison pour en restreindre l'usage. Aussi Léon le Sage ordonna [5] que les castrats, les eunuques et les femmes pouvaient adopter, et même ces dernières non-seulement *in sola-*

[1] Comp. Coll. II, nov. 24, 89, ainsi que le code moldave, § 237. — Le code valaque, τμ. δ', κεφ. ί, § 7, 8, n'exige pas de bénédiction religieuse, mais la confirmation soit du prince, soit du juge. Ducange, v° Υἱοθεσία.

[2] Voir *suprà*, § 4.

[3] Basil. XXXI, 4; XXXIII, 1.

[4] Epan. aucta. XV, 10, dans le Προχείρος νόμος, p. 53, note de l'auteur. De même le code moldave, § 248.

[5] Coll. II, nov. 26, 27.

tium liberorum amissorum, et *per rescriptum principis* [1], mais d'une manière générale.

TITRE III. — DE LA TUTELLE [2].

§ 24. — Droit de Justinien.

L'ancien droit romain distinguait — sans parler de la *tutela mulierum*, complétement tombée en désuétude — deux sortes de tutelles, la *tutela* des mineurs qui ne sont pas placés sous la puissance paternelle, et la *cura*.

La première reposait sur l'*intérêt de la famille* et était simplement un arrangement d'ordre intérieur. L'*impubes* n'est investi de droit, quant aux biens, que dans la famille et par elle. Le tuteur exerce sur lui une espèce de puissance familiale, qui

[1] Comp. *Tipucitus in Basil.*, ed. Heimb., III, p. 531, note *p*, et p. 532, note *a*; Harm. II, 8, 4. D'un autre côté, l'importance modifiée de l'adoption a amené d'autres restrictions. Le code valaque, τμ. δ', κεφ. ί, § 2, ne permet l'adoption qu'à celui qui n'a pas d'enfant. Il existe en Grèce plusieurs coutumes semblables; comp. Sgouta, Παράρτ. τῆς Θέμιδος, III, p. 295. — L'ἀδελφοποιΐα n'a pas été considérée comme conférant un droit de succession en ligne collatérale pas plus que comme créant des empêchements au mariage. Basil. XXXV, 13, 17, ed. Heimb., III, p. 606.

[2] Les termes techniques en grec sont : ἐπίτροπος, ἐπιτροπή, pour *tutor*, *tutela*; κουράτωρ, κουρατορεία, pour *curator*, *cura*. Κηδεμών est une expression générique pour désigner le tuteur. Dans la Πεῖρα XVII, 4, on se sert à cet effet du mot βάϊτουλος (évidemment de *baiłlie*, de même qu'à l'inverse le *baillie* vénitien, à Galata *, est aussi appelé ἐπίτροπος. — Πεῖρα XXV, 8; comp. Ducange, v° Βάϊτουλος). — Les exécuteurs testamentaires s'appellent aussi ἐπίτροποι, et c'est à raison de la double signification de ce mot que les jurisconsultes byzantins ont été souvent induits en erreur. Quant à cette ἄλλη ἐπιτροπή, voir plus bas, dans le droit successoral, et comparer en attendant Nov. Leonis 68; Epan. IX, 1 sc.; Πεῖρα XVI, 5, 9, 11, 12. Dans les temps récents, le terme technique en usage est ἐπιτροποκηδεμονία.

* Galata est l'un des faubourgs chrétiens de Constantinople; il devint, après la conquête de cette ville, en 1453, la résidence des marchands italiens que Mahomet II autorisait à s'établir à Constantinople. (*Note du Traducteur.*)

s'exprime dans l'*auctoritas* et dans la mesure de sa responsabilité (*rationibus distrahendis actio*).

La *cura*, au contraire, est une institution qui repose sur un motif d'*intérêt public*. On donne un curateur à des personnes d'ailleurs indépendantes et capables d'agir, mais qui, pour des motifs particuliers, par exemple la *furor* ou l'*interdictio*, sont empêchées de contracter des engagements valables, afin que les tiers puissent contracter sûrement avec elles.

L'idée que l'on dût veiller au bien des mineurs, fous ou prodigues, par des motifs d'intérêt public, était tout à fait étrangère à l'ancien droit romain. Ce soin était considéré comme affaire purement privée, et avec l'isolement de la famille au dehors et sa constitution au dedans, toute immixtion de l'État aurait été regardée comme une atteinte portée à l'indépendance de la famille dans sa sphère légale.

Dans la suite, à mesure que la sévérité de l'esprit de famille disparut et que, d'un côté, l'autorité du tuteur fut employée quelquefois dans son intérêt personnel; que, d'un autre côté, l'obligation d'accepter la tutelle fut considérée comme une charge pénible, il ne pouvait pas manquer de se faire que l'Etat et la loi commençassent à s'occuper de plus en plus de l'intérêt des mineurs et des incapables, à titre d'obligation publique. De la sorte, la tutelle a revêtu, dans les époques postérieures, un tout autre caractère. Elle est envisagée sous toutes ses formes comme une fonction publique ayant pour objet le bien du mineur.

Dans le droit de Justinien, les nouveaux principes ne se sont toutefois pas fait jour d'une manière complète. La distinction entre *tutela* et *cura* y est maintenue, quoique cette dernière n'ait plus guère qu'une signification historique. L'idée que la tutelle est une charge publique n'y est pas encore tout à fait acceptée, en ce sens, par exemple, que chaque tuteur n'a pas besoin d'être institué par l'autorité, et que son administration n'est pas soumise à un contrôle sérieux de la part de cette dernière.

Sous d'autres rapports aussi, le droit romain postérieur s'est arrêté à moitié chemin. On avait bien admis, afin de restreindre l'ancienne tutelle des agnats, que celle-ci devait prendre fin lorsque le mineur aurait atteint la quatorzième ou la douzième

année, suivant son sexe (*pubes*, ἔρηβος, par opposition à *impubes*, ἄνηβος). Mais, comme il y avait un danger réel dans une indépendance trop hâtive, la *lex plætoria* accordait aux *minores* XXV *annis* (ἀφήλικες, ἀνήλικες, νέοι, ἥττονες, par opposition aux ἐνήλικοι, μείζονες, ἐντελῶν χρόνων) une assistance extraordinaire, et le préteur promit une *in integrum restitutio* (ἀποκατάστασις) pour cause de *minor ætas* (ἀτελὴς ἡλικία). De là l'usage de placer le mineur sous l'autorité d'un curateur, mais en cela on dépassait évidemment les bornes de l'irresponsabilité, que justifie le développement incomplet des facultés physiques ou intellectuelles. On arriva de la sorte à accorder la *venia ætatis* (συγγνώμη ἡλικίας) à des personnes âgées de vingt ou de dix-huit ans. Il est vrai qu'elle resta à l'état d'exception et qu'on ne pouvait l'obtenir que par rescrit impérial.

Enfin, pour ce qui se rapporte à la gestion de la tutelle par les femmes, elle n'était pas possible dans l'ancien droit, parce que celles-ci y étaient elles-mêmes assujetties, et qu'en outre elles n'étaient pas capables d'exercer une *potestas* comme était la tutelle. D'après le droit plus récent, elle ne peut s'exercer davantage, car les femmes ne peuvent remplir aucune fonction publique. On n'a fait d'exception qu'en faveur de la mère et de l'aïeule, peut-être par suite de la manière d'envisager différemment les rapports entre mari et femme, ainsi que les rapports entre ces derniers et leurs enfants. Justinien, en particulier, a donné à la mère et à l'aïeule un droit de préférence pour la tutelle. Une *forma* du préfet du prétoire Héphæstus [1] reçoit l'action intentée par la mère au nom de ses enfants mineurs, relativement à des choses mobilières, jusqu'à concurrence de 50 *solidi*, même quand celle-ci n'est pas tutrice.

§ 25. — Droit de l'Ecloga.

L'Ecloga des empereurs Léon et Constantin, de l'an 740, se distingue en cette matière, tant par le développement qu'elle donne à ces idées qui se trouvent déjà plus ou moins en

[1] Comp., dans les Ἀνέκδοτα, p. 268, de l'auteur, la *Forma Præf. præt.*, IV, § 2.

germe dans le droit de Justinien, que par la relation étroite dans laquelle elle place la tutelle avec l'Eglise et les institutions religieuses.

Avant tout, les dispositions de l'Ecloga[1] sur le régime des biens entre époux et la continuation de la communauté avec les enfants, après le décès de l'un des conjoints, exclut la tutelle aussi longtemps que les deux époux ne sont pas morts; par conséquent, les orphelins proprement dits sont seuls placés sous la tutelle.

Le titre VII de l'Ecloga traite de la tutelle des orphelins. Il n'y est question que d'une κουρατωρεία; il n'existe aucune trace de l'ancienne distinction entre la *tutela* et la *cura*.

Les ὀρφανοὶ νήπιοι ont pour tuteurs ceux que leurs père et mère leur ont donnés par acte de dernière volonté. Lorsque les parents n'ont fait aucune disposition quant à ce, les tuteurs ne sont pas choisis, comme auparavant, parmi les personnes privées, mais ce sont des institutions religieuses qui sont chargées de la tutelle (à Constantinople, τὸ ὀρφανοτροφεῖον καὶ οἱ λοιποὶ εὐαγεῖς οἶκοι καί αἱ ἐγνωσμέναι ἐκκλησίαι, dans les éparchies, les évêques, couvents et églises), et cela tant que le pupille ne s'est pas marié ou n'a pas atteint sa vingtième année[2]. Justinien désigne déjà, dans la loi 32, C. *De episc. et cler.*, l'*orphanotrophus* sous le nom de *pupillorum quasi tutor*.

La tutelle religieuse aurait eu sa raison d'être si elle avait été chargée spécialement du soin de veiller à l'éducation du pupille. Mais dans l'Ecloga il n'en est pas question d'une manière expresse, et il n'y est fait mention que de l'administration des biens par les autorités investies de la tutelle. Toutefois l'idée de transférer la tutelle à une autorité particulière, et notamment à une autorité religieuse, est remarquable, ainsi que celle de la faire cesser, non plus à partir de la *pubertas*, ou, suivant les cas, de la *major ætas*, mais bien du moment où l'indépendance existe en fait, ou bien encore de l'âge où déjà, dans le droit antérieur, on pouvait obtenir une *venia ætatis* spéciale.

[1] Comp. Ecl. II, 5-7, et *suprà*, § 11.

[2] Il n'est pas certain si, à cet âge, la tutelle testamentaire prend également fin, ou si pour celle-ci l'ancien droit est maintenu. Toujours est-il que l'âge de vingt-cinq ans est signalé dans l'Ecloga comme produisant certains effets. Comp. Ecl. III, 1; XV, 2, 3.

§ 26. — Droit subséquent.

Le c. 3, *Syn. chalced.*, avait exceptionnellement reconnu aux ecclésiastiques et aux moines le droit d'accepter la tutelle, lorsqu'ils y étaient appelés par la loi et qu'ils n'avaient pas d'*excusatio* légale. Mais en considération des c. 6 et 81 ss, *Apostolorum*, qui défendaient en général aux ecclésiastiques d'entreprendre des affaires temporelles, Justinien avait accordé une *excusatio* de ce genre aux prêtres et aux moines [1]. Ceux-ci paraissent avoir tenu à la conservation de ce privilége, comme conséquence de leur opposition unanime aux innovations des iconoclastes, et par là avoir ôté toute application pratique aux dispositions de l'Ecloga touchant la tutelle religieuse. Du moins l'*Ecloga privata aucta* [2] introduit déjà, en cette matière, d'autres prescriptions qui se rapprochent de nouveau du droit de Justinien, avec cette différence toutefois, qu'à Constantinople l'*orphanotrophus* désigne le tuteur d'accord avec le *scriba*, et, dans les provinces, l'évêque avec le *defensor*. Dans tous les cas, sous la dynastie macédonienne, le retour à l'ancien droit est complet ; les *Basiliques* [3] reproduisent en son entier le droit pur de Justinien.

Léon, dans la novelle 28, a néanmoins voulu introduire un changement essentiel. Partant de cette observation, qu'en fait la tutelle est toujours terminée par l'obtention de la *venia ætatis*, et désirant simplifier les formalités usitées, il déclare qu'en principe les hommes sont majeurs à vingt ans, les femmes à dix-huit, et que les fous (λόγου ἐνδεεῖς) doivent seuls rester soumis plus longtemps à la tutelle — à savoir, tant que dure cet état ; que les personnes particulièrement capables (ἱκανοὶ πράγμασιν ἐπιστατεῖν) peuvent être déclarées majeures avant ce délai, et que, dans ces trois cas, les personnes intéressées doivent être investies de l'administration de leurs biens, non plus par rescrit de l'empereur, mais par sentence du juge.

Cette novelle de Léon, bien qu'elle ait été désignée par les

[1] Comp. l. 53, C. *De episc. et clericis*, nov. 123, c. 5.

[2] Comp. l'Ecloga (édition de l'auteur), p. 6.

[3] Basil., lib. XXXVII, XXXVIII. Voir cependant Coll. III, nov. 7, c. 3; Πεῖρα XVI, 6.

jurisconsultes postérieurs comme ἀδεκτος νεαρὰ, c'est-à-dire inexécutée dans la pratique, et qu'elle n'ait pas été insérée dans l'*Ecloga novellarum Leonis*, a cependant exercé une certaine influence, en ce sens que la *venia ætatis* semble avoir été accordée très-souvent et, à partir de ce moment, toujours par le juge [1].

Dans le droit postérieur, l'idée de la tutelle considérée comme fonction publique s'est de plus en plus généralisée, et la distinction faite par Justinien entre la *tutela* et la *cura*, qui avait d'abord survécu, fut complétement reléguée à l'arrière-plan. Peut-être que ce résultat fut amené par les titres y relatifs du *Prochiron* [2] et de l'*Epanagoge* [3], qui, bien qu'exclusivement composés de passages extraits des sources du droit de Justinien, n'en montrent pas moins, dans leur ensemble, le droit de la tutelle sous une nouvelle forme. En effet, dans les livres de droit postérieurs, elle figure comme une fonction qui est toujours donnée à une personne désignée par l'autorité. La *tutela legitima* proprement dite disparaît tout à fait. Les parents du mineur, par exemple la mère, sont, il est vrai, appelés de préférence, mais ils ne sont pas tuteurs de droit et ne le deviennent que par la vocation de l'autorité [4]; même les tuteurs testamentaires doivent être proclamés par celle-ci [5].

Remarquons, en terminant, que, comme la tutelle finissait ordinairement par la *venia ætatis*, par suite la *in integrum restitutio* des mineurs fut restreinte dans quelque mesure par la loi et l'usage, notamment par une novelle de l'empereur Alexis Comnène Ier [6], suivant laquelle « κατά σωματικοῦ ὅρκου οὐ δίδοται τοῖς νέοις ἀποκατάστασις, » ensuite par une autre novelle du même empereur [7], aux termes de laquelle une *in integrum restitutio* ne peut être accordée lorsque la lésion est inférieure à un dixième;

[1] Harm., I, 12, sc., *in fine*, édit. Heimb., p. 155 : Συγγνώμην ἡλικίας αἰτήσαντος μετὰ ἀποφάσεως κριτοῦ.

[2] Tit. XXXVII.

[3] Tit. XXXVIII.

[4] Mich. Attal., tit. XXV (dans Leuncl., tit. XXXVI); Harm. V, 12, 3, et sc. ad V, 8, 56, ed. Heimb., p. 645; Basil., ed. Heimb., III, p. 648, sc. 2.

[5] Πεῖρα, XVI, 22 : Κηδέμονα ἀναδειχθῆναι οὐ χειροτονηθῆναι.

[6] Coll. IV, 19. Comp. en outre Πεῖρα XVII, 10, 24; LXVIII, 7.

[7] Coll. IV, nov. 44.

enfin par l'abréviation du délai au delà duquel la restitution n'est plus possible [1].

§ 27. — Dernier état de la législation.

De toutes les parties du droit de famille byzantin, la tutelle est celle qui eut le plus à souffrir de la conquête des Turcs, parce que, dans sa forme la plus récente, elle supposait l'active immixtion de l'Etat, et que les autorités turques ne voulurent pas se charger du poids de cette intervention [2], ni les Grecs s'y soumettre. On aurait pu s'attendre à ce que, dans ces circonstances, le clergé grec eût cherché à faire entrer la tutelle dans son cercle d'action, mais cela n'arriva qu'accidentellement, et il semble, au contraire, que les parents ont géré la tutelle, en général, sans immixtion d'aucune autorité, quelquefois avec le concours d'un conseil de famille, et que, là où le besoin s'en faisait sentir, les chefs de la municipalité ont nommé le tuteur [3].

Quant à la nouvelle organisation de la tutelle dans les pays de droit grec, il faut faire observer avant tout que le code

[1] Comp. Harm. I, 12, sc. *in fine*, ed. Heimb., p. 156.

[2] Voir cependant Maurer, *Das Griech. Volk.*, I, p. 148, 310.

[3] Manuel Malaxus ne parle qu'en peu de mots de la tutelle (c. 259) : Ἐπίτροπος εἶναι ὁ διδόμενος τῶν ἀνήβων παιδίων τουτέστι ὁπεῦ δὲν εἶναι νόμου ἡλικίας· ὁ ὁποῖος διοικεῖ τὰ πράγματα αὐτῶν καὶ τὰ φυλάττει καλῶς ἕως οὗ νὰ γένουν νόμου ἡλικίας. — Ἐὰν ἀποθάνῃ τὶς καὶ ἀφήσῃ παιδία ἀνήλικα καὶ ἐπίτροπον δὲν ἀφήσει, δίδεται πρὸς αὐτοὺς ἐπίτροπος παρὰ τοῦ αὐθεντοῦς. — Ἐὰν ἀποθάνῃ γυναῖκα, ἔχει ἐξουσίαν, καὶ ζῶντος τοῦ ἀνδρὸς αὐτῆς, νὰ ἀφήσῃ ἐπίτροπον τῶν παιδίων της. — Ἐὰν κλέψωσιν οἱ ἐπίτροποι πράγματα τῶν ἀνήβων παιδίων, διπλᾶ τὰ πληρώνουν. — Οἱ ἐπίσκοποι καὶ ἱερεῖς καὶ μοναχοὶ γίνονται ἐπίτροποι ἀνήβων παιδίων. — Ἄνηβοι δὲ λέγονται ἕως τοὺς ιδ' χρόνους τὰ ἀρσενικά, τὰ δὲ θηλυκὰ ἕως τοὺς ιβ', καὶ ἕως τότε κυβερνῶνται ὑπὸ ἐπιτρόπων. ἀμφήλικες δὲ ἀπὸ τοὺς ιδ' ἕως τοὺς κα'. » Il n'est pas question d'une κουρατωρεία de ces derniers. La traduction néo-grecque d'Harmenopule, qui est due peut-être à Théodose Zygomalas vers 1570, et qui fut imprimée à Venise en 1744, dit dans une scolie, V, 11 (12), 18 : « Ἀνίσως καὶ ἀπέθανε τίνας χωρὶς διαθήκης, καὶ ἄφησεν ἕνα ἢ δύω παιδία ἀνήλικα ἤτοι μικρότερα ἀπὸ τοὺς ἰδίους χρόνους, τὰ τοιαῦτα παιδία χρειάζονται ἐπίτροπον, καὶ γυρεύει ὁ Αὐθέντης τοῦ τόπου ἢ ὁ Κριτὴς νὰ δώσῃ Ἐπίτροπον. » Comp. aussi Maurer, *Das Griech. Volk.*, I, p. 61, 95, 170.

moldave a réformé toute cette partie, en établissant des colléges spéciaux de pupilles, selon l'exemple de certaines législations de l'occident [1].

Le code valaque [2] s'occupe de la tutelle des enfants orphelins, comme d'une dépendance du titre des avocats et mandataires : il désigne les tuteurs sous le titre de représentants du père et directeurs de l'éducation et de l'administration des biens du mineur. Il laisse subsister la tutelle, sans distinguer entre la *tutela* et la *cura*, jusqu'à la vingt-cinquième année accomplie, à moins que le mineur, après la vingtième année, n'ait obtenu la *venia ætatis* du prince. La tutelle d'une jeune fille cesse, du reste, au moment de son mariage. On paraît avoir considéré comme nécessaire l'installation administrative du tuteur testamentaire et du tuteur légal [3]. Enfin le code valaque exprime la pensée, à lui propre, et conforme au principe suivant lequel le soin à prendre des mineurs constitue une charge publique, que, à défaut des parents, les chefs de la municipalité exercent la tutelle [4].

En ce qui concerne enfin la législation du royaume de Grèce, il est divers ἔθιμα qui y ont cours : leur origine remonte en partie à l'état de choses existant sous la domination turque, en partie à l'immigration de familles venues de l'occident, notamment dans les îles grecques. Ils se distinguent particulièrement en ce que çà et là on voit qu'un conseil de famille concourt à la gestion de la tutelle, que la mère est limitée dans l'administration dont elle est chargée, enfin qu'il n'y est fait aucune distinction entre la *tutela* et la *cura*. Si, en outre, les coutumes ont abaissé la limite d'âge au-dessous de vingt-cinq ans (jusqu'à quatorze, quinze, dix-sept ou dix-huit ans), cette différence est tombée en désuétude depuis qu'une loi du 15 octobre 1836 l'a fixée d'une manière générale à vingt et un ans [5].

[1] « Νεωτάτῳ τινὶ χρησάμενοι Εὐρωπαϊκῳ Κώδικι, μεθοδικωτάτῳ τε καὶ ἀρίστῳ ἡμῖν εἶναι δόξαντι. » La tutelle se prolonge de droit jusqu'à la vingt-cinquième année dans le code moldave.

[2] Τμ. ά, κεφ. γ', § 1, 4 ; τμ. γ', κεφ. κά.

[3] Νόμιμος est le nom sous lequel on désigne le tuteur qui διορίζεται ἢ ἀπὸ τὸν νομὸν ἢ ἀπὸ τὴν Αὐθεντείαν ἢ ἀπὸ κριτήριον.

[4] « Ἂν συγγενεῖς δέν εἶναι, γίνεται ἐπίτροπος ὁ Βόρνικος τῶν κοινοτήτων. »

[5] Comp., sur les ἔθιμα, Maurer, *Das Griech. Volk.*, I, p. 148, 254 et suiv. ; Sgouta, Παράρτ. της Θεμίδος (Εὑρετήριον), II, p. 295 et suiv.

Là où il n'existe pas d'ἔθιμα, il faut suivre le Manuel d'Harménopule. Mais Harménopule doit être regardé par les Grecs — d'après ce qui a été dit plus haut — comme un droit étranger, imposé par la conquête, et il est facile de comprendre qu'une réforme soit vivement désirée.

A l'heure présente, une commission est occupée des études préparatoires d'une réforme de la législation sur la tutelle. Elle reconnaîtra sans doute, d'après l'histoire de cette matière, que la tutelle n'est pas une charge publique, mais une affaire de famille qui, pour ce motif doit être traitée dans l'intérieur de la famille. Là où les parents capables font défaut, il est évident qu'il doit y être pourvu par les autorités; mais si, en pareil cas, la tutelle paraît avoir le caractère d'une charge publique, il sera logique de la confier à des fonctionnaires, par exemple aux chefs de la municipalité, pour l'administration des biens; à l'évêque, pour l'éducation. Par là, la commission pourra éviter la faute de certaines législations modernes qui, en méconnaissant la différence intime qui existe entre une tutelle administrative et une tutelle domestique, ont soumis l'une et l'autre aux mêmes règles. Elle évitera avec d'autant plus de soin d'appliquer à la tutelle de la famille le formalisme étroit des administrations publiques et les règles sévères de dépendance et de responsabilité, auxquelles les fonctionnaires publics sont astreints, que l'état actuel de la tutelle en Grèce ne fournit, à cet égard, aucune occasion ni aucun prétexte.

EUGÈNE LAUTH,
Substitut du procureur impérial à Wissembourg.

DE L'ACTION *PRÆSCRIPTIS VERBIS.*

Je me propose de rechercher comment s'est introduite et développée en droit romain l'action *præscriptis verbis.*

La formule de cette action était conçue *in jus,* d'où venait le nom de *civilis;* comme il n'y avait pas de *nomen* à indiquer dans la *demonstratio,* elle commençait par l'exposé des faits qui avaient produit l'obligation, d'où venaient les noms d'action *in factum* et d'action *præscriptis verbis;* enfin l'action avait été aussi appelée *civilis incerti,* parce qu'on avait sous-entendu *contractus,* la convention qui lui donnait naissance n'étant pas comprise parmi les contrats nommés.

Ainsi les différentes dénominations données à l'action dont nous nous occupons montrent dès l'abord qu'elle dut son origine aux jurisconsultes; ils ne purent lui donner de *nomen.*

I

Les premières applications de l'action *præscriptis verbis* sont indiquées dans la loi 1, § 1, ff., *De præscriptis verbis* (XIX, 5), d'une part; dans les lois 50, ff., *De contrahenda emptione* (XVIII, 1), 19 pp., 12 et 10, *De præscriptis verbis,* d'autre part.

L'une se présente dans le cas où une personne a certainement une action civile naissant d'un contrat nommé, mais hésite entre deux actions qui peuvent également lui appartenir et craint de perdre sa cause par un mauvais choix : « Domino « mercium in magistrum navis, si sit incertum utrum navem « conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem « in factum esse dandam Labeo scribit » (l. 1, § 1, h. t.). Le propriétaire des marchandises a certainement ou l'action *locati* ou l'action *conducti,* mais laquelle des deux? La question est insoluble; l'acte qu'il a fait lui donne une double position; il ne peut en prendre qu'une dans la formule et perd son procès si le juge prétend qu'il aurait dû prendre l'autre. Labéon le tire d'embarras en lui offrant l'action *præscriptis verbis.*

L'autre application a lieu dans le cas où deux personnes ont

conclu une convention rentrant dans la classe des contrats nommés, mais où tous les jurisconsultes ne croient pas pouvoir donner l'action du contrat. Labéon suppose une vente faite sous une condition suspensive dont l'acheteur empêche l'accomplissement; il refuse au vendeur l'action *venditi* et la remplace par l'action *præscriptis verbis* (l. 50, *De contr. empt.*). Proculus décide de même dans l'hypothèse où un vendeur se réserve la faculté de racheter la chose vendue au prix de la vente, si telle condition arrive (l. 12, h. t.). Il faut rapprocher de ces deux textes la loi 19 pp., h. t. : « Rogasti me, ut tibi nummos mu-« tuos darem, ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, « ut pretio utereris; si non vendidisti aut vendidisti quidem, « pecuniam autem non accepisti mutuam; *tutius est* ita agere, « ut Labeo ait, præscriptis verbis, quasi negotio quodam inter « nos gesto proprii contractus. » — « Vous m'avez demandé de vous prêter de l'argent; n'en ayant pas, je vous ai donné une chose à vendre pour que vous fissiez usage du prix; si vous ne l'avez pas vendue ou que vous l'ayez vendue, sans emprunter l'argent, il est plus sûr d'agir, comme dit Labéon, *præscriptis verbis*, comme si nous avions fait ensemble une affaire rentrant dans un contrat spécial. » Qu'y a-t-il au fond de cette affaire? un mandat : *dedi tibi rem vendendam*, je vous ai donné mandat de vendre ma chose. Il est bien certain que si vous l'avez vendue et livrée, c'est en qualité de mandataire, que la vente ne saurait être attaquée et la chose revendiquée par moi. Mais à ce mandat avait été ajoutée une clause : *ut pretio utereris*, vous donnant la faculté d'emprunter le prix de la vente, de contracter un *mutuum* à la suite du mandat. Si le *mutuum* avait été réalisé, j'aurais eu contre vous la *condictio*. Il ne l'a pas été; ne semble-t-il pas que vous soyez tenu envers moi par l'action *mandati*? Labéon ne le pense point et ne me reconnaît que l'action *præscriptis verbis*.

Les trois décisions que nous venons de citer appartiennent à des jurisconsultes proculiens; on peut les rattacher à un principe commun. Il est vraisemblable que, selon les Proculiens, les éléments considérés comme naturels à un contrat ne peuvent être modifiés par un pacte. La nature de la vente est d'obliger deux parties; le pacte qui doit avoir pour effet d'éteindre des obligations, ne saurait être garanti par les actions *empti* et *ven-*

diti. Ces mêmes actions ne doivent pas être accordées dans le cas où la condition à laquelle elles étaient subordonnées fait défaut. La nature du mandat est d'être gratuit; le *mutuum* éventuel et facultatif qui y est joint lui enlève ce caractère : il n'y a pas lieu à l'action *mandati*. Mais on ne peut admettre qu'une obligation dont l'existence est incontestable, qui doit son origine à un contrat nommé, soit dépourvue de toute sanction. De là l'action *præscriptis verbis*.

Dans les hypothèses analogues, les Sabiniens donnent l'action du contrat. Selon Sabinus, l'action *empti* ne saurait être refusée à l'acheteur qui s'est réservé le droit de rendre la chose dans un certain temps, si elle lui déplaisait (l. 6, ff., *De rescind. vend.*, XVIII, 5).

Ainsi les jurisconsultes ont accordé à l'origine l'action *præscriptis verbis*, soit pour préserver de toute déchéance une personne qui avait certainement l'une ou l'autre de deux actions civiles, mais ne savait d'une manière précise laquelle devait être exercée, soit pour faire exécuter une obligation née d'un *negotium* qui comprenait un contrat nommé et un pacte, l'existence du pacte rendant l'action du contrat inapplicable pour une certaine école.

On voit avec quelle prudence les jurisconsultes procèdent, avec quel soin ils se gardent de dépasser le droit civil. Il faut que la personne qui leur demande la nouvelle action en possède déjà une autre qui soit reconnue par le droit civil, ou, tout au moins, que sa créance prenne naissance dans un contrat nommé.

Suivant la tradition des Proculiens sans leur appartenir, Africain, sous Adrien, accorde comme eux l'action *præscriptis verbis* dans un cas où il n'ose pas accorder l'action *mandati*, parce que le mandat ne semble pas complétement gratuit (l. 24, h. t.).

Enfin nous trouvons, même chez un jurisconsulte sabinien, contemporain de Trajan, Javolénus, l'action *præscriptis verbis* appliquée à une espèce où l'obligation, sans naître d'un contrat, est incontestable en droit civil. Il s'agit d'un quasi-usufruit s'éteignant par la mort de la femme au profit de laquelle il était établi; il n'est pas douteux que les héritiers de celle-ci ne soient obligés de restituer la somme d'argent, objet du quasi-usu-

fruit; mais si l'usufruitière ne s'était pas obligée par une promesse à la restitution, les héritiers pourront-ils être poursuivis par la *condictio?* Sabinus et le proculien Celse le pensent (l. 5, § 1, ff., *De usuf. ear. rer.*, VII, 5); mais, sans doute, leur opinion souffrait quelque difficulté. Javolénus donne contre les héritiers de la femme l'action *in factum* (l. 10, h. t.). Il nous semble évident que cette action est bien l'action *præscriptis verbis*, et non l'action prétorienne *in factum*, subsidiaire à l'action de dol. Pourquoi le jurisconsulte ne donnerait-il pas l'action de dol elle-même? N'y a-t-il pas un dol évident, de la part des héritiers de la femme, à refuser la restitution de la somme d'argent?

L'action *præscriptis verbis*, accordée à défaut et comme en supplément des actions nommées, était sans doute, selon les cas, soumise aux règles établies pour chacune de celles-ci. C'est ainsi que peut s'expliquer la loi 6, *De resc. vend.* : « S'il est convenu que la chose vendue sera restituée, si elle déplaît dans un certain temps, il y a lieu à l'action *ex empto*, comme le pense Sabinus, ou à l'action *in factum*, *proxima empti*. » Le texte est de Paul; mais, de son temps, l'extension de l'action *ex empto* à une hypothèse de ce genre ne fait aucun doute, et probablement, s'il parle de l'action *in factum* concurremment avec celle-là, c'est qu'il rapporte l'opinion et la pratique de jurisconsultes plus anciens.

II

L'action *præscriptis verbis* reçoit une première extension de Nératius, jurisconsulte proculien qui vivait, comme Javolénus, sous Trajan (l. 6, h. t.). Elle est appliquée à un cas où l'on ne trouve ni action du droit civil, ni contrat nommé, ni obligation préexistante du droit civil : « Insulam hoc modo, ut aliam refi- « ceres, vendidi : respondit nullam esse venditionem, sed civili « intentione incerti agendum. » — « Je vous ai vendu ma maison avec cette clause que vous m'en bâtiriez une autre : le jurisconsulte a répondu que la clause était nulle et qu'il fallait agir par l'action *civilis incerti*. » Si ce texte n'est pas altéré, la décision qu'il renferme est fort remarquable. La vente est nulle, parce qu'un des éléments essentiels, le *pretium*, fait défaut. D'un autre côté, le jurisconsulte ne suppose aucune des circon-

stances qui doivent être considérées plus tard dans la théorie des contrats innomés, comme engendrant une obligation *dare* ou *facere;* il ne dit pas que la maison vendue ait été livrée. Le concours de volontés qui produirait les actions *empti* et *venditi,* s'il y avait un *pretium*, produit l'action *præscriptis verbis*, le *pretium* étant remplacé par l'obligation de construire une autre maison.

Neratius exagère le principe de la secte, d'après lequel les contrats modifiés par un pacte dans leurs conditions naturelles donnent lieu à l'action *præscriptis verbis*. Il accorde cette action dans une hypothèse où la modification porte sur un élément essentiel, où, par conséquent, le contrat n'a pas d'existence, de nom, et ne peut faire naître d'obligation, et cela sans exiger qu'une circonstance nouvelle donne après coup à la convention l'efficacité que celle-ci n'a point par elle-même.

III

Une seconde extension consiste dans l'application de l'action *præscriptis verbis* aux contrats innomés.

Le principe est que les conventions qui produisent des actions sont celles qui ne gardent pas leur nom générique, mais prennent le nom d'un contrat spécial, « transeunt in proprium « nomen contractus » (l. 7, § 1, ff., *De pactis,* II, 14). Cependant « la nature des choses veut qu'il y ait plus de conventions que de dénominations, » dit Ulpien (l. 4, h. t.). Il fallait protéger les conventions formées, sous l'empire de la nécessité pratique, en dehors du droit civil. Il est probable qu'on commença par reconnaître à celui qui avait exécuté le droit de se repentir avant l'exécution faite par l'autre, soit dans toutes les conventions dont il s'agit, soit seulement dans celles où se rencontrait une idée de mandat, de bienfaisance. On ne s'explique guère le *jus pœnitendi* dans la jurisprudence classique. Il suppose que la convention, même exécutée par une des parties, ne crée pas un lien juridique pour l'une et pour l'autre, idée tout à fait contraire à la théorie des contrats innomés qu'admet cette jurisprudence. Il faut en reporter l'origine à une époque où la théorie n'était pas connue, où l'exécution même par une des parties ne créait aucun lien, soit pour cette partie, soit pour

l'autre. Une fois admis, le *jus pœnitendi* n'aura pas été complétement supprimé, malgré l'introduction d'une théorie avec laquelle il était inconciliable [1].

A la protection qui résultait du *jus pœnitendi* s'ajouta ou se substitua la *condictio causa data, causa non secuta*, action donnée, dans tous les cas, à celui qui avait exécuté contre celui qui n'avait pas exécuté, pour se faire restituer sa prestation. Le premier ne rétractait plus son acte d'exécution; la cause de son action était dans l'inexécution par lui imputée au second.

Si la *condictio ex pœnitentia* et la *condictio causa data* avaient des causes distinctes, elles avaient le même objet : restitution de la prestation. Aucun moyen n'était offert à celui qui avait exécuté pour forcer l'autre partie à exécuter à son tour. La protection qui lui était donnée était insuffisante, puisqu'elle n'assurait point directement l'observation de la convention conclue.

Il faut ajouter que la *condictio* s'appliquait seulement aux choses données. On ne peut répéter un fait. Il est vrai qu'Ulpien autorise l'affranchi qui a fourni à son patron des *operæ* dont il ne lui était pas redevable, même naturellement, à réclamer, *quanti operas esset conducturus*, le prix du loyer de ces *operæ* (l. 26, § 12, ff., *De condict. indeb.*, XII, 6). Mais c'est une disposition exceptionnelle qui ne saurait être étendue aux contrats innomés (cf. l. 25, h. t.) [2].

Le principe, que l'exécution d'une convention qui ne rentre point parmi les contrats nommés est une *causa* et donne naissance à une obligation civile, est posé pour la première fois, sous Trajan, par Ariston, répondant à Celse (l. 7, § 2, ff., *De pactis*) : « Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit « tamen causa : eleganter Aristo Celso respondit esse obliga- « tionem : ut puta, dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut « aliquid facias, hoc συνάλλαγμα, id est, contractum esse et hinc « nasci civilem obligationem. » — « Mais si la chose ne rentre pas dans un contrat spécial et qu'il y ait cependant une *causa*, Ariston a répondu judicieusement à Celse qu'il y avait une obli-

[1] Voir, sur le *Jus pœnitendi*, M. Ortolan : *Explication historique des Instituts*, n° 1600; — M. Machelard, *Des obligations naturelles*, p. 60 et suiv.; — M. Vernet, *Textes choisis sur les obligations*, p. 106; — M. de Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, § 599, t. III, p. 269.

[2] M. de Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, § 599, t. III, p. 268.

gation; par exemple, je vous donne une chose pour que vous m'en donniez une autre, je vous donne pour que vous fassiez quelque chose, il y a συνάλλαγμα, c'est-à-dire contrat, et de là naît une obligation civile. »

Ce texte prouve bien que, sous Trajan, la théorie n'existait pas encore, soit dans la jurisprudence en général, soit dans la secte proculienne en particulier, car le proculien Celse interroge Ariston, qui n'est placé dans aucune des deux sectes, sur un point qui lui paraît obscur, et Ariston lui répond par une doctrine évidemment nouvelle.

Du reste, cette doctrine est restreinte aux cas où l'exécution consiste dans un transport de propriété, *datio*. Ariston ne parle que du *do ut des* et du *do ut facias*[1]. Ces cas étaient les seuls où les contrats innomés eussent reçu déjà une sanction : la *conditio*, soit *ex pœnitentia*, soit *causa data*.

Il est probable qu'Ariston appliquait à chacun des contrats innomés qu'il admettait, les règles faites pour le contrat nommé dont celui-là se rapprochait : « Ariston a dit que puisque l'échange était voisin de la vente, l'esclave qui était donné *ex causa* devait être fourni sain, exempt de vol et de *noxa*, et non fugitif » (loi 2, ff., *De rer. perm.*, XIX, 4).

La doctrine d'Ariston ne fut pas immédiatement admise par tous. Elle fut notamment rejetée par Celse (loi 16, ff., *De condict. causa data*, XII, 4). Dès qu'il y a *do ut des*, et non pas vente, le jurisconsulte nous fait comprendre que la seule action qui puisse être donnée est la *condictio causa data;* mais aussi il la donne toujours à celui qui a exécuté, quand l'autre partie n'exécute pas, pour quelque raison que ce soit.

Cependant nous trouvons au titre *De præscriptis verbis* (loi 2) un court fragment du même jurisconsulte ainsi conçu : « Quum « deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, præscriptis « verbis agendum est. » Mais on sait ce que valent les phrases générales prises par les compilateurs dans les écrits des jurisconsultes. La loi 2 pouvait se rapporter, dans la pensée de Celse, aux premières applications de l'action *præscriptis verbis*.

[1] *Sic* Glück, sur les lois 7, § 2, *De pactis*, et 5, § 1, h. t. Mais, suivant lui, le mot *dare* n'aurait pas le sens étroit de translation de propriété, et devrait s'entendre largement, comme en cas de gage, de commodat, de dépôt.

Julien, qui vécut sous Adrien, admet l'action dans un cas où le *do ut des* et le *do ut facias* sont réunis (loi 13, § 1, h. t.). Je vous transfère la propriété de mon terrain pour que vous m'en rendiez une partie après y avoir élevé des constructions; j'ai contre vous l'action *in factum*. Il ne peut être question que de l'action *in factum præscriptis verbis*, non de l'action prétorienne subsidiaire à l'action de dol. On ne voit pas pourquoi le jurisconsulte, s'il pensait à cette dernière, ne donnerait pas l'action de dol elle-même. D'ailleurs, Ulpien songe évidemment à l'action *præscriptis verbis*, et il cite Julien sans le critiquer. Le sens de la loi 13, § 1, est parfaitement clair, surtout si l'on rapproche de ce texte la loi 1, § 9, ff., *Depositi* (XVI, 3), qui est aussi d'Ulpien, et où ce jurisconsulte raisonne exactement de la même manière, pour arriver à donner l'action *præscriptis verbis*, en l'appelant de ce nom qui ne permet pas le doute.

Il est vrai que, d'après la loi 7, § 2, *De pactis*, Julien accorde l'action de dol ou l'action prétorienne *in factum* dans l'hypothèse suivante : Je vous ai donné Stichus pour que vous affranchissiez Pamphile ; vous l'avez affranchi ; Stichus est évincé. On demande quelle sera l'action de celui qui a affranchi Pamphile. Pourquoi Julien n'admet-il pas l'action *præscriptis verbis?* On peut supposer qu'il ne la donne pas dans le cas où le *do ut facias* se présente seul, ou qu'il trouve dans l'espèce un *facio ut facias*, non un *do ut facias*, l'éviction prouvant qu'il n'y avait pas eu véritablement une *datio*, un transport de propriété, mais seulement une tradition, un *facere*, et qu'il rejette l'application de la doctrine d'Ariston au *facio ut facias*.

Quoi qu'il en soit, Mauricianus, qui vivait sous Marc-Aurèle, critique la décision de Julien et donne l'action *præscriptis verbis* dans l'espèce prévue par celui-ci, qu'il y voie soit un *do ut facias*, soit un *facio ut facias*.

Pomponius, qui appartient probablement au même règne, se conforme à la doctrine d'Ariston. Selon lui, l'action *præscriptis verbis* sera exercée en cas de *do ut des* (loi 26, h. t.), de *do ut facias* (loi 16 pp., h. t.). Il faut ajouter un cas de *facio ut facias* (loi 9, § 3, ff., *De dolo malo*, IV, 3).

Gaïus, contemporain de l'un et de l'autre, applique cette action à un cas de *facio ut des*, celui où une personne nettoie ou

raccommode des vêtements pour un prix qui sera ultérieurement fixé (loi 22, h. t.).

Ainsi la doctrine d'Ariston, à l'origine rejetée par Celse et restreinte par Julien, était acceptée, appliquée, étendue par tous les jurisconsultes; mais peut-être perdait-elle, en se développant ainsi, son caractère primitif de doctrine. Il ne paraît pas que les jurisconsultes, en donnant l'action *præscriptis verbis*, se rattachent à un principe, encore moins à une théorie; ce qu'on rencontre chez eux, c'est une disposition à accorder cette action, par esprit d'équité, dans des cas isolés.

Papinien donne l'action dans les trois cas de *do ut des* (loi 8, h. t.), de *do ut facias* (loi 7, h. t.), de *facio ut facias* (loi 9, h. t.); mais il ne pose pas encore de règle fixe.

C'est dans les ouvrages de ses élèves, Paul et Ulpien, que la théorie des contrats innomés apparaît enfin complétement formée. Le texte fondamental, en cette matière, est la loi 5, h. t., de Paul. Voici les idées essentielles qu'on en peut dégager :

1. Il y a quatre espèces de contrats innomés : *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*. La distinction est à la fois dogmatique et complète. C'est toute la matière des contrats innomés que le jurisconsulte a voulu embrasser et résumer, « *totius* ob rem dati tractatus inspici potest » (loi 5, § 1).

La première condition exigée pour que l'obligation prenne naissance, c'est qu'une des quatre causes indiquées par le jurisconsulte se présente dans l'espèce.

2. Il en faut une autre pour que cette obligation produise l'action *præscriptis verbis*. Le jurisconsulte veut que le contrat innomé offre quelque analogie avec des contrats nommés. Cette condition résulte implicitement des derniers mots du paragraphe 4 : « Il sera plus sûr de donner l'action *præscriptis verbis*, laquelle sera semblable à l'action *mandati*, comme les cas prévus plus haut sont analogues à la vente et au louage; » et du paragraphe 3, où Paul refuse l'action *præscriptis verbis* dans le cas de *facio ut des*, le seul pour lequel il ne trouve pas une analogie de ce genre (cf. Paul, *Sent.*, V, 6, 10).

En exigeant cette condition, le jurisconsulte montre sa prudence et le désir qu'il a de respecter les principes du droit civil, tout en les étendant. En outre, il rattache la théorie des contrats innomés aux applications primitives de l'action *præscriptis verbis*.

3. Nous venons d'indiquer la conséquence rigoureuse que Paul tire de son second principe. Le *facio ut des* n'offre d'analogie avec aucun des contrats nommés. Il ne produira pas l'action *præscriptis verbis* (§ 3).

On le voit, Paul se montrait plus rigoureux que Gaius, et la formation d'une théorie définitive des contrats innomés avait pour effet d'empêcher l'application de l'action *præscriptis verbis* à l'un d'eux.

Une telle conséquence devait paraître bien dure, surtout dans une matière où la jurisprudence ne faisait qu'obéir à l'équité. Elle fut rejetée par Ulpien (loi 15, h. t.) et par l'empereur Alexandre Sévère (loi 6, C., *De transact.*, II, 4). Il ne faut accepter le second principe de Paul qu'avec la dérogation contenue dans ces deux textes, et, par conséquent, l'action *præscriptis verbis* doit être appliquée même au *facio ut des*[1].

Le principe n'en reste pas moins vrai en lui-même, et il n'en occupe pas moins une place importante dans l'histoire de l'action *præscriptis verbis*.

4. En voici une autre conséquence, importante et incontestable. L'action *præscriptis verbis*, étant en quelque sorte subsidiaire à un certain nombre d'actions nommées, comme les conventions qui lui donnent naissance sont analogues à un certain nombre de contrats nommés, n'aura pas de règles spéciales, mais recevra, dans chaque espèce, celles qui sont applicables à l'action dont elle se rapproche le plus. Cette décision est conforme à la tradition juridique dont nous avons indiqué l'origine. Ainsi les règles des actions qui naissent de la vente seront étendues à l'action *præscriptis verbis*, naissant du *do ut des*. Paul met les risques à la charge de celui qui a donné le premier, l'assimilant à l'acheteur (loi 5, § 1), et cependant la règle des risques était celle dont l'extension devait souffrir le plus de difficulté, car elle était fondée sur la différence de la position des parties dans la vente, et l'échange se distingue précisément de la vente

[1] Cette explication historique de la loi 5, § 3, h. t., n'était pas admise par les grands jurisconsultes du seizième siècle. Cujas (ad h. l.) soutenait que le *facio ut des* n'avait jamais produit l'action *præscriptis verbis*. Au contraire, Doneau (ad h. l.) prétendait que Paul lui-même l'admettait, et qu'il ne donnait l'action de dol qu'à défaut de la *condictio* pour la répétition. Ces deux opinions ont été embrassées par un grand nombre de jurisconsultes.

en ce que les parties n'y ont pas une position différente. Dans une hypothèse où le contrat innomé se rapproche du dépôt, l'on applique les règles de ce dernier contrat en matière de risques (loi 17, § 2, h. t.).

Aussi dit-on d'une manière générale : « Permutatio vicina « est emptioni (loi 2, *De rer. perm.*). — Is qui rem permuta- « tam accepit emptori similis est (loi 15, ff., *Ex quib. caus.* « *in poss.*, XLII, 4) — Actio similis erit mandati actioni..., « locationi et emptioni » (loi 5, § 4, h. t.).

5. Les contrats nommés qui offrent de l'analogie avec les contrats innomés, sont tous de bonne foi. Aussi l'action *præscriptis verbis* a-t-elle dû être de bonne foi. Nous reviendrons tout à l'heure sur ce point.

IV

Nous pouvons nous rendre compte de l'étendue de l'action *præscriptis verbis* dans la jurisprudence classique.

La première application subsiste toujours, car les accidents de procédure, provenant du mauvais choix d'une action, sont toujours à craindre.

Quant à la deuxième application, elle n'offre plus d'utilité. La doctrine sabinienne sur l'extension des contrats de bonne foi, par l'effet d'un pacte ajouté, a complétement prévalu. Les jurisconsultes donnent concurremment l'action du contrat et l'action *præscriptis verbis* (loi 6, *De rescind. vend.*, loi 50, ff., *De contr. empt.*), ou même accordent seulement la première dans des hypothèses analogues à celles pour lesquelles les Proculiens avaient introduit la seconde (loi 21, § 4, ff., *De action. empti*, XIX, 1; — loi 75, ff., *De contr. empt.*).

La preuve que, dans la jurisprudence classique, les contrats peuvent recevoir une extension en vertu d'un pacte, se trouve encore dans les lois 24 et 26, § 1, ff., *Depositi*, la première de Papinien, la seconde de Paul. L'objection y est représentée sous cette forme : « Egreditur ea res depositi notissimos terminos « (loi 24). — Eum contractum depositæ pecuniæ modum « excedere » (loi 26, § 1). Et elle est écartée à raison de l'effet du pacte ajouté au dépôt[1].

[1] M. Pellat, *Textes choisis des Pandectes*, p. 59 et suiv.; — M. de Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, § 630, t. III, p. 413 et 436.

Aussi faut-il penser que l'application proculienne de l'action *præscriptis verbis* ne reçoit pas de nouvelle extension dans la jurisprudence classique.

Mais, dans les cas où elle a été admise, elle est respectée, et ce respect se comprend. La controverse était tranchée, mais le souvenir s'en perpétuait. On ne retirait pas les garanties acquises, fussent-elles devenues inutiles. Des jurisconsultes tels qu'Ulpien, qui n'auraient pas hésité à accorder l'action du contrat, malgré l'existence du pacte, donnaient, après Labéon, l'action *præscriptis verbis*, en disant : *tutius est.* On sait avec quelle prudence procédaient les jurisconsultes. De là les transactions.

Quant à la théorie des contrats innomés, nous avons dit comment elle s'était définitivement formée dans les ouvrages de Paul et d'Ulpien.

Mais il régnait une évidente confusion entre les cas différents pour lesquels l'action était faite. C'est ainsi que Paul termine sa théorie des contrats innomés, en expliquant comment le *facio ut facias* se rapproche et comment il s'éloigne du mandat (§ 4). Il se pose cette objection : « Et potest mandatum ex « pacto etiam naturam suam excedere, » et conclut, en donnant l'action *præscriptis verbis* comme plus sûre : « Sed tutius « erit. » Cette phrase d'Ulpien : « Quotiens de *nomine* contrac- « tus alicujus *ambigeretur*, conveniret tamen aliquam actionem « dari » (loi 1 pp., ff., *De æstimatoria*, XIX, 3), semble se rapporter aux deux premières applications, puisqu'il y a simple doute supposé par le jurisconsulte sur le nom du contrat, et cependant Ulpien en conclut qu'il faut accorder l'action dans le cas d'*æstimatio*, c'est-à-dire dans un cas de contrat innomé.

Peut-être faut-il en partie attribuer à cette confusion et l'admission du principe que tout contrat innomé, pour produire l'action *præscriptis verbis*, doit offrir de l'analogie avec un contrat nommé, et la persistance avec laquelle les effets de la doctrine proculienne se maintinrent, quand la doctrine contraire eut prévalu, quand il fut reconnu que les contrats de bonne foi pouvaient être étendus par des pactes.

Ce que nous venons de dire montre combien il serait inexact de prétendre que l'action *præscriptis verbis* est donnée, quand toutes les autres actions font défaut. « Cessantibus judiciis pro- « ditis et vulgaribus, » dit Papinien (loi 1 pp., h. t.). « Quum

« deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, » dit Celse (loi 2), s'il faut accepter sans réserve la phrase générale attribuée à ce jurisconsulte. Dans le cas de la première application (loi 1, § 1, h. t.) l'action *præscriptis verbis* n'est accordée qu'à la partie qui en a une autre, sans savoir précisément laquelle. Il est vrai que la seconde application a été introduite par les Proculiens pour des cas où ils n'admettaient point les actions des contrats; mais les Sabiniens, qui soutenaient l'opinion contraire sur les effets des pactes ajoutés aux contrats, l'ont emporté, et cependant la jurisprudence classique a respecté les décisions données par les Proculiens, offrant ainsi deux actions au choix d'un demandeur. L'influence proculienne se fait sentir dans une constitution d'Alexandre Sévère (loi 2, C., *De pactis inter emptorem*, IV, 54), qui donne le même choix. Quant aux contrats innomés, ils produisent la *condictio ex pœnitentia* et la *condictio causa data*. Sans doute ces deux actions ont seulement pour objet de répéter la prestation, mais elles offrent par elles-mêmes un sérieux intérêt, et de plus, elles permettent à celui qui a presté d'obtenir indirectement la contre-prestation; on ne peut dire que toute action lui soit refusée, sauf celle dont nous nous occupons. La *condictio* et l'action *præscriptis verbis* peuvent même avoir un objet identique; c'est quand elles sont l'une et l'autre données à une personne qui exige la restitution d'une chose. Les raisons pour lesquelles elles sont accordées sont différentes; l'on réclame la chose, par la *condictio*, en tant qu'on l'a mise dans le patrimoine d'autrui; par l'action *præscriptis verbis*, en tant qu'elle fait l'objet d'une obligation de *dare*. Les caractères des deux actions diffèrent également, puisque la *condictio* est de droit strict, l'action *præscriptis verbis* de bonne foi; mais que le créancier prenne l'une ou l'autre voie, c'est toujours à la restitution de la chose qu'il veut parvenir. Bien plus : n'est-il pas tel cas où un jurisconsulte voit un contrat innomé et donne l'action *præscriptis verbis*, et où l'action d'un contrat nommé pourrait être exercée? Dans l'hypothèse de la loi 5, § 4, c'est pour plus de sûreté que Paul conseille de prendre l'action *præscriptis verbis*, mais il n'ose pas dire que l'action *mandati* doive être refusée. Ulpien (loi 5, § 12, ff., *Commodati*, XIII, 6) donne au choix l'action *in factum* (*præscriptis verbis*) et l'action *locati*. Enfin, il n'est pas douteux que la per-

sonne qui a remis une chose en précaire à une autre, n'ait contre celle-ci et l'interdit *de precario* et l'action *præscriptis verbis* (loi 2, § 2, ff., *De precario*, XLIII, 26) [1].

Nous devons observer que l'extension proposée par Nératius (loi 6, h. t.) ne saurait être admise du temps des jurisconsultes, au moins dans les termes où elle est énoncée. Je vous ai vendu une maison, et, au lieu de m'en payer le prix, vous devez m'en bâtir une autre. La vente est nulle, de l'aveu de Nératius. Il ne peut être question de la première application. La seconde ne serait pas plus admissible; Nératius ne prévoit pas un pacte étendant les conditions naturelles de la vente; il suppose qu'un des éléments essentiels de ce contrat, le prix, fait défaut; en donnant l'action *præscriptis verbis*, il exagère la théorie proculienne sur les pactes; cette théorie suppose le pacte ajouté à un contrat valablement formé. Pour que la théorie des contrats innomés fût applicable à cette même hypothèse, il faudrait que la prétendue vente fût suivie d'une *datio*, ou d'une tradition, c'est-à-dire d'un événement qui lui donnerait une cause juridique; mais rien ne permet de croire que le jurisconsulte ait pensé à un événement de ce genre.

V

Le droit postérieur aux jurisconsultes confirma leur théorie, sans y apporter de graves modifications.

L'extension de l'action au *facio ut des*, contestée en principe par Paul, mais admise en pratique par Ulpien et par Alexandre Sévère, ne fait plus de doute dans le Bas-Empire. Les scolies des Basiliques commentent la loi 7, § 2, *De pactis*, en ces termes : μόνον εἰ προηγήσατο δόσις ἐπὶ δόσει, ἢ ποίησις ἐπὶ ποιήσει, ἢ ἐπὶ δόσει.

Les règles des contrats nommés correspondant aux contrats innomés sont appliquées à ceux-ci, d'après les lois 1 et 2, C., *De rer. perm.* (IV, 64), l'une de Gordien, l'autre de Dioclétien et Maximien, et la loi 10, C., *De condictione ob causam datorum* (IV, 6), de Dioclétien et Maximien. Cette dernière loi suppose une *datio* d'argent, mais elle ne dit pas si la contre-prestation en vue de laquelle cette *datio* a eu lieu, est un *dare* ou un *facere*,

[1] Cf. Glück, ad. h. t.

et elle la met d'une manière générale aux risques de celui qui a exécuté le premier; s'il y a *do ut des*, c'est la règle de la vente qui est appliquée; s'il y a *do ut facias*, on suit celle du louage de services; l'une et l'autre laissent les risques à la charge du *dans*[1].

Enfin l'action *præscriptis verbis* est appliquée par les empereurs Dioclétien et Maximien aux donations *sub modo;* le donateur peut l'exercer pour faire exécuter le *modus* apposé à la donation dans son intérêt (loi 3, C., *De contr. empt.*, IV, 38; loi 8, C., *De rer. perm.*, IV, 64; loi 9 et 22, C., *De don.*, VIII, 54). Cette application rentre, à la rigueur, dans la théorie des contrats innomés; elle se rattache au *do ut des* ou au *do ut facias*. Mais la nature de la donation lui imprime un caractère spécial. Sans doute, le donateur a voulu que le *modus* fût rempli, mais ce n'est pas en vue de le faire remplir qu'il a donné lui-même; sa *datio* avait pour cause une libéralité, non l'intention d'obliger envers lui le donataire. Aussi peut-on dire que l'application de l'action *præscriptis verbis* aux donations *sub modo* est une extension, parfaitement conforme d'ailleurs au principe de l'action.

VI

L'action *præscriptis verbis* est incontestablement de bonne foi en cas d'*æstimatio* et d'échange. La loi 1 pp., *De æstimatoria*, dit : « Est enim negotium civile gestum, et quidem bona fide. « Quare omnia et hic locum habent quæ in bonæ fidei judiciis « diximus. » Justinien met dans sa liste des actions de bonne foi l'action « præscriptis verbis quæ de æstimato proponitur et quæ « ex permutatione competit » (Inst., IV, VI, 28).

L'action *præscriptis verbis* est-elle de bonne foi en dehors de ces deux cas? Cujas le niait. Son opinion se fondait sur un texte, la loi 19, § 2, ff., *De precario*, où l'on trouve : « Incerti *condic-* « *tione*, id est, præscriptis verbis. » On dit qu'aucun autre texte ne reconnaît expressément à l'action le caractère d'une action de bonne foi, et que Justinien, en le lui donnant pour deux cas, le lui refuse pour tous les autres.

[1] Selon M. de Vangerow (*loc. cit.*, § 591, t. III, p. 233), la règle contenue dans la loi 10 citée, doit être étendue à tous les contrats innomés sans distinction.

Nous croyons que l'opinion contraire doit être adoptée sans hésitation.

Nous n'argumenterons pas des mots : « præscriptis verbis « actione, quæ ex bona fide oritur » (loi 2, § 2, ff., *De precario*). On sait que le caractère d'une action n'est point nécessairement déterminé par son origine. Le *mutuum* a été introduit par le droit des gens (Inst., I, II, 2), et cependant il donne lieu à une action de droit strict[1].

Justinien ne parle que de deux cas, mais sans doute parce que ce sont ceux qui se présentent le plus fréquemment dans la pratique. C'est un argument *à simili* et non un argument *à contrario*, qu'il faut tirer du paragraphe 28 du titre *De actionibus*, aux Institutes. C'est un principe commun à tous les cas d'action *præscriptis verbis* qui est appliqué à ceux d'estimation et d'échange. Il est douteux que la phrase d'Ulpien : « Est negotium « civile gestum, etc., » se rapporte à la seule *æstimatio*, car elle se rattache à une phrase générale sur les actions *præscriptis verbis* : « Quotiens de nomine contractus alicujus ambigeretur, « conveniret tamen aliquam actionem dari. » Le texte ajoute, il est vrai : « Dandam *æstimatoriam* præscriptis verbis actio- « nem. » Mais on fait observer avec raison que le mot *æstimatoriam* a dû être ajouté par un copiste maladroit, car il donne à la fin de la phrase un sens particulier qui ne s'accorde nullement avec le sens général du commencement[2].

Nous rappellerons ce que nous avons dit de l'introduction et du développement historique de l'action *præscriptis verbis*. Elle a été, dès l'origine, accordée subsidiairement à certaines actions, plus tard adaptée à la théorie des contrats innomés; mais elle n'a jamais eu de règles spéciales; elle a toujours été soumise aux règles des actions avec lesquelles elle avait, selon les cas, de l'analogie. Or, ces actions étaient toutes de bonne foi. Comment n'aurait-elle pas été de bonne foi elle-même ? Admettre le contraire, c'est se mettre en opposition avec le sens et les prin-

[1] M. de Savigny, *Droit des obligations*, trad. de MM. Gérardin et Jozon, § 5.

[2] *Contra*, sur ce point, M. de Vangerow (*loc. cit.*, § 599, t. III, p. 263), qui pense que les jurisconsultes introduisirent l'action *præscriptis verbis* dans le cas de l'*æstimatio*, et l'étendirent ensuite aux autres cas. Il admet, du reste, que cette action est toujours de bonne foi (*eod.*, p. 267); — cf. M. de Savigny, *Système*, app. XIII, n° XII, note F.

cipes de cette action. Les jurisconsultes auraient-ils pu dire : « Proxima empti in factum emptio, — similis mandati actioni, « locationi, emptioni, » s'il y avait eu une différence si importante à relever?

Aussi, dans un cas où il ne s'agit ni d'*æstimatio* ni d'échange, Papinien et Ulpien appliquent-ils une règle propre aux actions de bonne foi; ayant à décider quelle est la responsabilité de la personne qui a reçu *rem inspiciendam*, ils distinguent selon que les parties ont eu en vue l'intérêt de l'une ou de l'autre d'entre elles, ou leur intérêt commun (loi 17, § 2, h. t.). La loi 108, § 12, ff., *De leg.*, 1 (XXX), dit : « *Sicut in contractibus bonæ fidei* « *servatur*, ut si quidem utriusque contrahentis commodum « versetur, etiam culpa; sin minus solius, dolus malus tantum- « modo præstetur. »

L'action *præscriptis verbis* pouvait avoir pour objet la restitution d'une chose fournie et être donnée au choix avec une *condictio* tendant à la même fin (voir notamment loi 18, § 1, ff., *De mort. caus. don.*, XXXIX, 6). La coexistence des deux actions serait inexplicable si elles étaient l'une et l'autre des *condictiones*[1].

Il faut se rappeler que l'époque où fut introduite, puis étendue, l'action *præscriptis verbis*, n'était plus celle du droit rigoureux, et il serait étonnant que les actions qu'elle vit naître n'eussent pas été rangées parmi les actions de bonne foi.

Aussi enseigne-t-on généralement que le mot *condictione* a été substitué par erreur au mot *actione* dans la loi 19, § 2, ff., *De precario*, et que ce dernier y doit être rétabli[2].

VII

Il nous reste à examiner quelle a été l'influence de la division des jurisconsultes en deux sectes sur le développement de l'action *præscriptis verbis* et sur la formation de la théorie des contrats innomés.

On dit souvent que ce sont les Proculiens qui ont introduit l'une et l'autre malgré l'opposition des Sabiniens; ceux-ci « ramenaient les contrats innomés aux contrats nommés avec les-

[1] C'est ce que soutient Cujas, *ad.* leg, 10, h. t.

[2] V. M. Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, t. II, p. 575.

quels ils avaient le plus d'analogie, s'efforçant de rendre ces derniers le plus élastiques qu'il fût possible. » Ainsi les Proculiens distinguaient l'échange de la vente, et les Sabiniens l'y faisaient rentrer (Gaïus, Comm., III, 141). Quand ceux-ci ne trouvaient pas d'analogie entre un contrat innomé et un contrat nommé, ils donnaient, pour le premier, soit l'action de dol, soit l'action *in factum* prétorienne (loi 7, § 2, *De pactis*). Les Proculiens au contraire accordaient l'action *præscriptis verbis* « dans tous les cas où la convention aurait été exécutée par l'une des parties. » Leur doctrine a prévalu, mais on retrouve, même dans la jurisprudence classique, un souvenir de l'ancienne controverse, Ulpien admettant complétement la théorie proculienne, tandis que Paul ne s'y rallie qu'avec des réserves et refuse l'action en cas de *facio ut des*[1].

Nous croyons que cette théorie n'est pas tout à fait exacte.

Il est très-vrai que ce sont les Proculiens qui ont introduit l'action *præscriptis verbis*, mais à quels cas l'appliquaient-ils? 1° à celui où une personne avait incontestablement une action civile, mais ne savait laquelle; 2° à ceux où des pactes ajoutés à des contrats leur faisaient produire des effets étrangers à leur nature.

La controverse entre les deux écoles roulait sur cette seconde application, les Sabiniens admettant des actions nées des contrats dans ces hypothèses où les Proculiens n'accordaient que l'action *præscriptis verbis*. Les premiers ne repoussaient pas cette action comme contraire aux principes du droit; ils l'écartaient comme inutile.

Cette controverse s'est terminée à l'avantage du principe sabinien. Il a été reconnu que les contrats de bonne foi modifiés, étendus par des pactes, n'en produisaient pas moins les actions qui leur étaient propres.

Du reste, rien n'empêchait les Sabiniens d'admettre la première application de l'action *præscriptis verbis*. La preuve qu'ils connaissaient et acceptaient cette action est dans la loi 10 h. t.; Javolénus l'accorde à une personne dont le droit est incontestable en lui-même, mais qui est embarrassée pour le faire valoir.

[1] Cette théorie est complétement exposée par M. Vernet, *loc. cit.*, p. 97 et suiv.

Est-il vrai qu'une autre controverse se soit élevée entre les deux écoles sur l'application de l'action aux contrats innomés?

Les Sabiniens faisaient rentrer l'échange dans la vente et les Proculiens le considéraient comme un acte distinct. Les opinions différentes des deux écoles sont rapportées par Gaïus (Comm., III, 141), par Paul (loi 1, § 1, ff., *De contr. empt.*), par Justinien (Inst., III, XXIII, h. t.). Mais, dans aucun de ces passages, il n'est dit que les Proculiens aient attaché à l'échange l'action *præscriptis verbis*. Il est vraisemblable qu'ils donnaient seulement à l'échangiste qui avait exécuté, le droit de réclamer sa chose, soit *ex pœnitentia*, soit pour inexécution de la part de l'échangiste. S'il en avait été autrement, pourquoi le proculien Celse aurait-il eu besoin de consulter Ariston sur le *do ut des?* Pourquoi ne parlait-il pas lui-même de l'action *præscriptis verbis* dans la loi 16, *De condictione causa data?* Sauf Nératius, les Proculiens ne donnaient l'action *præscriptis verbis* que dans l'hypothèse où des parties avaient conclu un contrat nommé, et ils se refusaient précisément à voir un contrat nommé dans l'échange. Peut-être même était-ce l'impossibilité d'assurer une protection complète à l'échangiste, en dehors de la vente, qui avait donné aux Sabiniens l'idée de comprendre l'échange dans ce contrat.

Il semble, du reste, que la doctrine sabinienne sur l'échange se modifia de bonne heure. C'est aux chefs de la secte, Sabinus et Cassius, que Paul l'attribue (loi 1, § 1, ff., *De contr. empt.*). Gaïus, après avoir rapporté les deux opinions, ajoute que Cælius Sabinus, jurisconsulte sabinien, qui vivait sous Vespasien, se contentait d'admettre la dation en payement en matière de vente. Il semble se rallier à ce système, qui lui sert de conclusion. Aussi commence-t-il son paragraphe par ces mots : « Pretium in numerata pecunia consistere *debet*. » La controverse, d'ailleurs, avait pu se prolonger entre les deux écoles sur la dation en payement; les Proculiens n'admettaient pas qu'elle eût les mêmes effets que le payement (Gaïus, Comm., III, 168). Dans le droit de Justinien, la dation en payement était assimilée au payement (Inst., III, XXIX, pp.), la doctrine de Cælius Sabinus, énoncée et sans doute adoptée par Gaïus, devait être admise sans difficulté. Il y avait vente, car il y avait *pretium*.

Gaïus, dans son *Commentaire*, a gardé le silence sur l'action

præscriptis verbis; il n'en parle pas au livre III; il ne la comprend point dans son énumération des actions de bonne foi (IV, 62) : on en conclut qu'il ne l'admettait pas. Nous pouvons opposer à cette conclusion le texte de la loi 22 h. t. Nous ferons observer en outre que Gaïus ne manque pas de rapporter les controverses qui se sont élevées entre les Sabiniens, ses maîtres, et les Proculiens; son ouvrage aurait perdu beaucoup de son utilité, s'il n'avait contenu que les doctrines des premiers, sans indiquer celles des seconds, qui pouvaient être aussi répandues. La question de l'échange amenait tout naturellement celle de l'action *præscriptis verbis*, s'il y en avait eu une. Le silence de Gaïus s'explique très-bien ; au moment où il écrivait, le principe sabinien sur l'effet des pactes ajoutés aux contrats de bonne foi était universellement admis; l'action avait donc perdu la principale application et le principal intérêt qu'elle eût eus dans le passé; la théorie des contrats innomés, connue et admise par Gaïus, n'était pas encore complétement formée et se développait lentement par des extensions isolées; le principe de l'analogie qui régissait l'application nouvelle de l'action *præscriptis verbis*, comme il en avait régi les applications anciennes, lui donnait un caractère subsidiaire ; elle n'avait pas de règles arrêtées et particulières, pas plus qu'elle n'avait de *nomen*. On comprend que Gaïus n'ait point cru nécessaire d'en parler.

La théorie des contrats innomés apparaît pour la première fois dans l'écrit d'un jurisconsulte qui n'appartient à aucune des deux sectes, Ariston, et le jurisconsulte proculien auquel cet écrit est adressé, Celse, la rejette; selon lui, le *do ut des* ne peut donner lieu qu'à la *condictio causa data* (loi 16, ff., *cit.*). Au contraire, nous la voyons accueillie par des Sabiniens, par Julien (loi 13, § 1, h. t.), par Gaïus (loi 22, h. t.). Sans doute, le même Julien s'en écarte dans le cas indiqué par la loi 7, § 2, *De pactis*. Mais la différence des espèces peut expliquer celle des décisions ; il est sûr que la théorie était incertaine et vague, du temps de Julien ; il nous suffit qu'il ne l'ait pas repoussée d'une manière absolue. D'ailleurs, s'il y avait eu division entre les sectes, Mauricianus eût-il pu critiquer avec raison le jurisconsulte sabinien? Nous ne le croyons pas : l'opinion soutenue par une secte n'est pas en général considérée comme fausse, même par la secte contraire, et les jurisconsultes se bornent à indiquer

la controverse. Or, ce que Mauricianus signale, c'est une erreur de Julien.

Il faut reconnaître que les controverses élevées entre les Proculiens et les Sabiniens sur l'effet des pactes ajoutés aux contrats de bonne foi, et même sur la nature de l'échange, étaient étrangères à la question si l'action *præscriptis verbis* devait s'appliquer aux contrats innomés. La première de ces controverses a été tranchée en faveur des Sabiniens, et l'on peut dire que la théorie vraiment propre à l'école proculienne, en matière d'action *præscriptis verbis*, a été ainsi écartée du droit, bien que les applications qui en avaient été faites dans la pratique fussent respectées. La doctrine qui s'est formée sur la dernière question n'était nullement particulière aux Proculiens ; aussi le triomphe des Sabiniens ne l'a-t-il pas empêchée de se développer et de triompher de son côté.

ALBERT DESJARDINS,
Agrégé de la Faculté de droit de Paris,
Docteur ès lettres.

BIBLIOGRAPHIE.

Compte rendu.

Les monographies se multiplient; nous n'avons qu'à nous en féliciter. Elles sont très-utiles; elles facilitent et abrègent le travail, nous mettent au courant de la jurisprudence, de la pratique.

Voici une deuxième édition des *Cessions et des suppressions d'Offices*, ou Résumé pratique des lois, décrets et instructions ministérielles concernant cette matière, par M. Eugène Greffier, directeur des affaires civiles au ministère de la justice et des cultes[1]. Elle a corrigé et complété la première en plusieurs points. L'auteur a ajouté des modèles de tableaux ou d'états des produits à fournir par les notaires, avoués, huissiers, commissaires-priseurs, greffiers.

Le *Code des distributions et des ordres* interprété par les documents législatifs, les institutions administratives et judiciaires, la doctrine et la jurisprudence; suivi de la saisie-arrêt, du transport des créances, de l'immobilisation des fruits, de la folle enchère, de la conversion des saisies immobilières, du tarif, des droits d'enregistrement et de greffe, dans leurs rapports avec les distributions et les ordres, par M. Jules Audier, juge d'instruction à Die[2], doit être signalé comme une œuvre dans laquelle la pratique a sa grande part. C'est qu'en effet, en cette matière si compliquée des ordres, l'application doit être parfaitement connue. « La matière des hypothèques et la procédure d'ordre, qui en est la mise en œuvre, a dit M. Delangle, sont au nombre des plus compliquées et des plus difficiles qu'offrent nos lois civiles. Pour s'y mouvoir avec rapidité et certitude, il est nécessaire de joindre à une science vraie des idées d'application que donnent seules l'habitude et l'expérience. » Ces idées, elles sont toutes résumées par M. Audier; sous chaque article il groupe les principes, les arrêts les plus importants, il cite les auteurs.

[1] Paris, Durand, 1865. In-8°. 3 francs.

[2] Grenoble, Prudhomme, Giroud et Cie. Paris, Durand. In-8°. 5 francs.

Deux tables chronologiques : l'une des décisions judiciaires; l'autre des circulaires, instructions, décisions et solutions administratives et ministérielles rapportées ou citées, terminent l'ouvrage. Elles sont suivies d'une table des articles des codes et des lois spéciales rapportées et d'une table alphabétique des matières.

On sait comme les décisions se multiplient en cette matière des ordres. M. Audier se propose de nous tenir constamment au courant du dernier état de la doctrine et de la jurisprudence, et de publier à cet effet, et à peu de frais, un supplément annuel.

Je ne saurais trop recommander à tous ceux qui s'occupent de droit : magistrats, jurisconsultes, gens d'affaires, etc., ce Code des distributions et des ordres interprété par M. Audier. Les arrêts, les opinions des auteurs, les principes, les circulaires, etc., tout y est distribué, classé avec beaucoup de méthode, et résumé avec netteté et précision.

M. Henri Eloy, substitut du procureur impérial à Louviers, est un travailleur infatigable. Il y a quelques mois, il faisait paraître le texte du Code pénal, avec toutes les lois qui en ont modifié le texte et dispositions législatives spéciales sur la répression des crimes, délits et contraventions. Nous avions présagé que le succès du *Code d'audience* serait complet : nous ne nous sommes pas trompé.

Voici une étude très-intéressante du même auteur : *De la codification des lois criminelles*, concernant les matières non réglées par le Code pénal, et d'un projet d'un Code des pénalités [1].

L'article 484 du Code pénal est ainsi conçu : « Dans toutes les matières qui n'ont pas été réglées par le présent Code, et qui n'ont pas été régies par des lois et règlements particuliers, les cours et tribunaux continueront de les observer. »

Ainsi, nous sommes régis d'abord par le Code pénal, puis par des lois et règlements particuliers que le Code n'a point embrassés. Ces dispositions sont nombreuses [2]. Faut-il les réunir, en faire une classification méthodique? En un mot, faut-il les codifier? Telle est la question examinée et résolue avec beaucoup de talent par M. Eloy.

[1] Paris, Durand. In-8°. 4 francs.

[2] Notre auteur dit qu'il n'en existe pas moins de huit ou neuf cents.

« Par ces mots : *codification des lois pénales*, nous entendons, dit-il, la collection des textes particuliers de droit criminel maintenus en vigueur par l'article 484 du Code pénal, soit que leur promulgation ait précédé le Code de 1810, soit qu'ils datent d'une époque postérieure... »

Plus loin :

« L'utilité d'une codification des lois pénales n'est point contestable; la pratique l'appelle de tous ses vœux; le magistrat sur son siége, l'avocat à l'audience, le jurisconsulte, l'homme d'affaires dans leur cabinet, comprennent et signalent l'immense avantage qu'ils en tireraient. La diffusion de nos lois criminelles dans un nombre considérable de volumes, soit du *Bulletin des lois*, soit de recueils particuliers, présentent les plus grands inconvénients ; sans doute, pour le travail du cabinet, il est facile de consulter les lois spéciales dans un recueil de législation ou dans un Code complet; mais pour l'audience, les recherches ne sont pas sans difficulté... »

Le recueil complet de la législation criminelle serait ainsi présenté :

Code général des pénalités, contenant :

1° Le Code pénal avec toutes les lois qui en ont modifié le texte;

2° Les codes forestier et d'instruction criminelle;

3° Les dispositions législatives spéciales sur la répression des crimes, délits et contraventions de toute nature, classées par ordre de matières, avec notes de concordance sur tous les textes;

Table alphabétique et table chronologique tenue constamment au courant de la législation au moyen d'un supplément paraissant après chaque session législative.

Je ne puis, pour ma part, qu'adhérer aux idées de M. Eloy, et appeler de tous mes vœux la codification d'une série de dispositions très-importantes et d'une application fréquente. Bacon a dit : « L'ensemble du droit doit être une sorte de magasin destiné aux usages journaliers. » La même pensée a été exprimée par Beccaria, en ces termes : « Le texte des lois doit former un livre familier, une sorte de catéchisme. »

En terminant ce compte-rendu, je dois signaler une étude très-complète du projet de loi sur la Propriété littéraire et artistique, précédée d'une dissertation sur l'imperfection de notre

droit privé et la méthode à suivre pour éviter à l'avenir les défauts qui le déparent[1]. L'auteur est M. Frédéric Mourlon. On sait que le Conseil d'Etat, qui s'était montré peu favorable au projet, l'a décidément abandonné. Quoi qu'il en soit, l'étude de M. Mourlon peut être consultée avec fruit. On y trouve les principes de la matière parfaitement exposés, les questions nettement dégagées et des solutions très-heureuses.

LÉONCE DE FONTAINE DE RESBECQ,
Docteur en droit, substitut à Nérac.

Manuel de droit public et privé ottoman, par le docteur DOMENICO GATTESCHI. Alexandrie, Minasi et Cᵉ, 1 vol. in-8°, 1865. Paris, Aug. Durand, rue des Grès, 7. Prix : 25 francs.

Nos lecteurs n'ont sans doute pas oublié l'intéressant essai sur la législation musulmane que publiait ici même, il y a trois ans, le docteur Domenico Gatteschi. C'est un manuel complet de droit ottoman que nous offre aujourd'hui le savant jurisconsulte, et l'apparition de ce livre excellent a été saluée par les acclamations unanimes de la nombreuse colonie européenne qui, par son intelligente activité, s'efforce de rendre un peu de mouvement et de vie à l'empire décrépit du sultan. C'est surtout en Egypte que les relations sont devenues fréquentes entre le monde musulman et la civilisation occidentale : Alexandrie est une ville aussi complétement italienne que Naples ou que Florence, et là, plus qu'ailleurs, on a dû sentir le besoin d'un résumé clair et commode, non-seulement du droit purement oriental ou égyptien, mais de ces stipulations internationales toujours en vigueur et qui étaient dispersées dans cent traités conclus à diverses époques entre la Porte et les gouvernements européens. M. Gatteschi a su satisfaire à cette double nécessité par la publication d'un volume des plus substantiels qu'accompagne un copieux appendice rempli de documents d'une haute importance. Nous allons examiner sommairement l'une et l'autre partie, afin d'en tirer quelques renseignements curieux sur le passé et le présent de la législation orientale.

Tout en nous réservant de dire plus tard quelques mots de ce

[1] Paris, Marescq aîné.

qu'on pourrait appeler le droit ottoman interne, lequel est contenu en grande partie dans les pages du *Koran*, nous nous occuperons d'abord de la législation internationale, qui a pris naissance avec les premières capitulations signées entre les califes et les nations européennes, et qui fait d'ailleurs le principal objet de cet écrit. Ainsi que le remarque fort bien l'auteur, il y avait scission complète entre le monde musulman et le monde chrétien. De même que chez les Romains le mot *hostis* signifiait à la fois étranger et ennemi, le mot arabe *harby* exprime la double idée d'ennemi et de non-musulman, en sorte qu'aux yeux des sectateurs du prophète le monde entier est divisé en deux grandes fractions : « *la maison d'Islam* (Dar-el-Islam) et *la maison de la guerre* (Dar-el-Harb), » doctrine qui se résume dans cet axiome musulman : « que tous les infidèles de la terre ne font qu'un seul peuple. » Un pareil principe étant posé, il est clair que pendant toute la durée du moyen âge, il ne peut y avoir rien de semblable à ce que nous entendons aujourd'hui par les mots de « droit des gens et de droit international. » Mais lors de la conquête mahométane, l'Arabe vainqueur consentit à accorder au chrétien vaincu une sorte de charte, et l'on peut trouver là le premier exemple de ces « capitulations » qui, jusqu'à ces derniers temps, ont été le seul lien entre l'Orient et l'Occident. Impérieux à l'origine, le ton de ces capitulations s'adoucit par degrés, grâce à la prépondérance croissante des puissances chrétiennes, et en parcourant la belle collection des *diplômes arabes*, publiée par M. Amari, nous y voyons que de véritables traités furent échangés entre les républiques italiennes et les califes, beys et sultans d'Espagne, de Tunis et d'Egypte. M. Gatteschi fait une énumération curieuse et instructive de toutes les capitulations ou traités conclus par les diverses puissances avec la Porte, depuis le douzième siècle jusqu'à nos jours, et il établit fort bien que l'Italie fut la première à nouer des relations régulières avec l'Orient ; la France la suit d'assez loin, puis viennent l'Angleterre, la Hollande et l'Autriche, et enfin, mais tout récemment, la Russie, les villes anséatiques, le Portugal et la Grèce.

Si nous cherchons l'origine de ce mot de « capitulation » appliqué à des actes diplomatiques, nous voyons qu'il fut adopté comme l'équivalent du mot « soulh, » qui signifie une trêve,

une convention momentanée, seules concessions que pussent faire aux infidèles des hommes qui s'intitulaient : « sultans des glorieux sultans, empereurs des puissants empereurs, distributeurs de couronnes, ombre de Dieu sur la terre, etc., etc. [1]. Mais si ces termes sont emphatiques, les conventions auxquelles ils servent de préambule n'en garantissaient pas moins de précieux avantages aux nations chrétiennes contractantes, ceux, par exemple, qui sont contenus dans les articles suivants, articles qui se trouvent reproduits du reste dans la plupart des capitulations citées ou analysées par M. Gatteschi.

ART. 1. Nous permettons aux étrangers de venir en terre musulmane, de commercer librement dans nos mers, d'aborder dans nos ports, soit par des motifs de dévotion pour se rendre aux lieux saints, soit pour y faire le trafic d'importation et d'exportation.

ART. 2. Nous leur accordons la liberté de suivre en pays musulman leurs propres usages et d'y exercer les pratiques de leur culte.

ART. 3. L'exemption de toute avanie et de tous impôts autres que les droits de douane.

ART. 4. Le privilége d'être jugés par leurs propres ambassadeurs et consuls dans les procès tant civils que criminels, et nous prêterons main-forte aux consuls pour l'exécution de la sentence.

ART. 5. Nous voulons que dans les causes criminelles, et lorsqu'il s'agit d'un attentat commis par un Européen contre un indigène, la juridiction soit réservée au juge local, mais sous la surveillance du drogman consulaire [2].

ART. 6. Le domicile des Européens sera inviolable, et, en cas de nécessité pressante, la force armée ne pourra pénétrer dans la maison d'un Européen avant que le consul ait été dûment averti et sans l'assistance d'un de ses agents.

Chacun de ces articles représentait une dérogation flagrante au texte du Koran, et des négociateurs plus expérimentés eussent facilement prévu le résultat de concessions semblables. L'abus en effet suivit de près l'usage, et l'on ne tarda pas à voir

[1] Voir les capitulations conclues avec la France.

[2] Aux termes des plus récentes capitulations, la juridiction consulaire s'étend même au cas prévu par cet article.

une foule d'indigènes échapper à la juridiction locale, en se mettant sous la protection de la France ou de l'Angleterre ; aussi la Porte finit-elle par insérer dans ses capitulations un article spécial pour interdire aux consuls et ambassadeurs d'accorder leur protection aux sujets ottomans et rayas, et de prêter leur pavillon aux navires rayas et ottomans.

Mais le mal était trop grand pour être guéri par un remède aussi anodin, et M. Gatteschi insiste avec raison sur le singulier contraste que présente le régime actuel avec l'ancien régime des « avanies[1].» Ainsi qu'il l'établit parfaitement, la situation des chrétiens, autrefois exceptionnellement fâcheuse, est aujourd'hui exceptionnellement favorable, à tel point que tout Européen transporté en Orient y jouit de la plupart des droits inhérents à la qualité d'agent diplomatique. Sous l'influence d'une pareille législation, l'importance des tribunaux étrangers a si démesurément grandi que les consulats de France, d'Angleterre et d'Italie n'ont pu suffire à leur tâche, et que ces trois puissances se sont vues obligées de procéder à l'organisation d'une magistrature spéciale, chargée de rendre la justice à leurs nationaux. Cette mesure significative prouve que les grands Etats de l'Occident sont peu disposés à abdiquer les priviléges qui leur ont été concédés autrefois par la Porte, et que l'introduction de la Turquie dans le concert européen n'apportera de longtemps aucune modification sérieuse aux relations de cet empire avec les peuples plus civilisés. Ce n'est donc pas seulement à titre de livre curieux, mais à titre de traité usuel et indispensable qu'on doit accorder au manuel de M. Gatteschi une sérieuse attention. Il ne faudrait pas se laisser dérouter par cette qualification trop modeste que l'auteur a donnée à son ouvrage, et s'il a condensé dans un seul volume des renseignements épars dans une foule d'anciens traités d'un prix trop élevé pour la grande masse du public, l'habile et consciencieux jurisconsulte n'a pas renoncé pour cela à sa propre originalité. Je pourrais énumérer certaines questions des plus délicates qui étaient restées indécises, même après les travaux de Féraud-Giraud, de Moreuil et de Cussy, et que M. Gatteschi a résolus d'une façon qui me semble définitive.

[1] Le terme d'*awani*, introduit dans les langues européennes avec un sens un peu différent, s'appliquait aux impôts arbitraires auxquels les infidèles étaient assujettis en pays musulman.

Mais ne pouvant m'étendre là-dessus autant que je le désirerais, je veux indiquer du moins aux lecteurs de la *Revue* un excellent chapitre, qui vaut à lui seul un long traité, et où l'auteur, s'appuyant sur un texte de droit romain et sur un passage de Grotius, tire une application des plus neuves à la situation des Européens dans le Levant. Je recommanderai aussi à l'attention, non pas seulement des hommes spéciaux, mais de tout le public éclairé, le chapitre VI, qui renferme une analyse fort bien faite de la législation privée ottomane, et notamment de ces deux grandes et fameuses ordonnances, qui chez nous ne sont guère connues que de nom, le *Tanzimat* et l'*Hatti-Humaïoun*. On y trouve également l'explication de cent autres termes mystérieux, *Sunna*, *Fetwa*, etc., qui émaillent chaque jour les colonnes de nos journaux et dont si peu de gens se rendent un compte exact.

A la suite de l'exposition générale, qui remplit toute la première partie du volume et qui suffira amplement à satisfaire la curiosité de la grande majorité des lecteurs, l'auteur a inséré le texte des plus importants traités échangés entre la Porte et les diverses puissances, ainsi que le code commercial ottoman, lequel est calqué, comme on sait, sur le Code français, et nous trouvons en outre dans la dernière section du Manuel un remarquable travail, où le chaos de la législation civile ottomane est débrouillé avec beaucoup d'art. M. Gatteschi a suivi l'ordre indiqué dans le Code Napoléon, et, en face de chaque rubrique française, il a disposé les textes ottomans qui s'y rapportent, tandis que les textes latins occupent le bas des pages sous forme de renvois. L'ouvrage se termine par un appendice rédigé en français, et qui se compose uniquement de documents diplomatiques et administratifs relatifs à l'Égypte.

Il ne me reste plus maintenant qu'à dire, en achevant cette courte analyse, que le style de l'auteur est clair, facile, agréable; que la disposition des matières est des plus ingénieuses, et que l'emploi alternatif de l'italien et du français, selon que l'on étudie les textes ou que l'on examine les documents, offre un attrait de plus à quiconque est médiocrement versé dans la connaissance des deux idiomes frères qui dominent, l'un sur le continent européen, l'autre sur les vastes rivages de la Méditerranée.

AMÉDÉE ROUX.

Textes choisis sur la théorie des obligations en droit romain, conférence pour le doctorat professée pendant le second semestre de l'année scolaire 1863-1864 à la Faculté de droit de Paris, par PROSPER VERNET, agrégé de la Faculté; 1 vol. in-8° de 250 pages. 5 francs, chez Durand, libraire, rue des Grès, 7.

La chaire de Pandectes autrefois établie au sein de la Faculté de droit de Paris a été supprimée il y a quelques années, au grand regret des jurisconsultes. Elle avait rendu d'immenses services à la science du droit, et l'on peut dire que c'est à l'enseignement de l'illustre titulaire de cette chaire, M. Pellat, que revient en grande partie l'honneur d'avoir achevé le développement de l'école civiliste française, inaugurée par la Thémis. C'est sous l'influence des savantes leçons de notre éminent romaniste que se sont produits un grand nombre de travaux dont s'honore aujourd'hui cette branche de l'enseignement, et que se sont formés la plupart des professeurs qui expliquent aujourd'hui en France les doctrines du droit romain, c'est-à-dire en réalité la théorie du droit.

Il est vrai que l'enseignement des Institutes a été fortifié par l'arrêté du 4 février 1853, qui a permis de rattacher à ce cours biennal l'explication de textes choisis dans le Digeste, le Code et les Novelles. Mais, à notre avis du moins, la chaire de Pandectes manque toujours aux études plus approfondies du doctorat. L'article 5 de l'arrêté de 1853 n'a comblé qu'imparfaitement cette lacune, en instituant des conférences sur les Pandectes, dirigées successivement par les professeurs d'institutes. Le rôle de ces honorables jurisconsultes a été de s'efforcer de remédier, autant que possible, à l'insuffisance du nombre des leçons assignées à cet enseignement, si essentiel pour former des civilistes, et pour maintenir à une hauteur convenable le niveau de la science pure, sans laquelle la pratique elle-même descendait bientôt au degré le plus infime.

Déjà, plusieurs professeurs de droit romain ont livré à la publicité les remarquables travaux auxquels a donné lieu de leur part la préparation des conférences de Pandectes. C'est une œuvre de ce genre dont nous venons rendre compte aujourd'hui, un peu tardivement à notre gré. L'auteur, M. Prosper Vernet, agrégé à la Faculté de Paris, avait donné déjà soit dans son excellent *Traité de la quotité disponible*, soit dans de nom-

breux articles insérés par les revues de droit, une idée fort avantageuse de l'étendue de ses connaissances et de la vigueur de sa dialectique. Aujourd'hui, en digne disciple de MM. Pellat et Valette, il vient de montrer une fois de plus qu'il était capable de faire avancer la science dans la voie tracée par nos illustres maîtres. Il a pris pour sujet de sa conférence de doctorat en 1863 et 1864, l'explication de *textes choisis sur la théorie des obligations en droit romain*. En cela, l'auteur a fait preuve d'un esprit pratique; car nulle matière, on le sait, n'offre des rapports plus intimes avec la législation française, et même avec celle de tous les pays civilisés, que la théorie des obligations conventionnelles chez les Romains. A part quelques règles où se reconnaît l'empreinte de l'ancien rigorisme quiritaire, on trouve, dans cette partie de l'œuvre des prudents, la plus pure substance de la science juridique, en un mot, le droit rationnel par excellence.

Indépendamment du bon choix de son sujet, il faut encore féliciter M. Vernet d'avoir procédé de la manière la plus profitable aux élèves, en adoptant pour base de son travail le texte même des Institutes de Justinien, dont le classement est si familier aux étudiants. Ce système lui a permis d'abord d'insister sur l'explication des textes élémentaires, qu'on ne saurait trop rappeler, puis d'y intercaler avec ordre un certain nombre de lois du Digeste et du Code. C'est par là que l'auteur a évité le danger de noyer les textes principaux dans un océan de lois accessoires, qui font perdre de vue, au bout de quelques pages, la loi fondamentale dont on se proposait le développement. Nous approuvons également M. Vernet d'avoir toujours donné, en regard du texte latin, la traduction française. L'expérience, en effet, semble avoir démontré que le procédé contraire, loin de ramener l'étudiant à l'analyse du texte, aboutit à rebuter les commençants dès la première difficulté qu'offre le sens juridique de la loi. Ils y reviennent au contraire naturellement, dès que la traduction leur a permis de surmonter cet obstacle.

Après quelques notions générales sur les obligations, notre auteur aborde la théorie des contrats. Il expose successivement, en suivant le texte des Institutes, les règles des contrats réels, et il rattache au *mutuum* la théorie des pactes joints, celles des intérêts et du *nauticum fœnus*. Ensuite, il traite, avec dévelop-

pement, des contrats innommés et des contrats *verbis*, puis des modalités des obligations, et enfin des stipulations inutiles. L'ouvrage se termine par un appendice fort intéressant sur le consentement considéré comme élément essentiel de tout contrat, et sur les vices qui peuvent soit le supprimer, soit l'altérer. Cet exposé, qui s'arrête à la matière des contrats consensuels, se recommande, dans son ensemble, par des mérites fort distingués. Rien de plus net, de plus simple et de plus lucide que le style de l'écrivain. Partout le lecteur sent à la marche naturelle et animée du raisonnement que l'auteur est parfaitement maître de son sujet. On suit les déductions non-seulement sans fatigue, mais avec plaisir et confiance, et nous avons entendu plusieurs jeunes docteurs nous avouer qu'ils avaient tiré à la fois plaisir et profit de ce livre succinct, mais plein de mouvement et de vie.

Si l'on considère maintenant la valeur intrinsèque de l'ouvrage, on reconnaîtra que les principes y sont très-exactement développés ; plusieurs théories importantes y sont en outre exposées d'une manière fort remarquable. Mais, de plus, l'auteur a présenté très-ingénieusement des aperçus tout à fait neufs. Nous signalerons plusieurs points de la théorie des pactes, et notamment l'explication si nette de la célèbre loi 40 *De rebus creditis*.

M. Vernet nous paraît également avoir très-nettement démontré que même dans le droit romain classique, on appelait *infans* celui qui n'avait pas accompli l'âge de sept ans. L'auteur rassemble et discute avec une grande vigueur, page 172 et suivantes, plusieurs textes d'où il résulte invinciblement qu'on doit abandonner la nouvelle doctrine proposée par Unterholzner et suivie par M. Ducaurroy pour revenir à celle de l'illustre Cujas et de nos anciens romanistes français. — Une des parties les mieux traitées par M. Vernet, et des plus intéressantes au point de vue de l'explication des articles 1119 à 1121 du Code Napoléon est le commentaire des textes relatifs à *la promesse et à la stipulation pour autrui*. L'écrivain a parfaitement mis en lumière cette double prohibition, en la séparant nettement d'un autre principe applicable à tout contrat, et en général aux modes d'acquisition, savoir, la *défense de représenter autrui dans les actes juridiques*. Il faut enfin appeler l'attention des lecteurs sur

une bonne dissertation relative aux effets de l'erreur, avec rapprochement des règles du droit français sur ce point.

Ce livre brille en général par cette exactitude de doctrine et cette précision de langage qui caractérisent l'illustre école d'où il émane. Nous devons néanmoins, en terminant, soumettre à l'auteur quelques scrupules relatifs à des points de détail, sur lesquels nous ne pouvons adopter sa manière de voir. C'est ainsi que sa doctrine sur la *causa civilis* dans les contrats consensuels ne nous a point convaincu. Suivant M. Vernet, page 5 : « Il y avait encore ici une *causa civilis obligationis :* elle consistait dans la réunion de toutes les conditions nécessaires pour que la convention intervenant entre les parties pût recevoir le nom d'*emptio venditio*, de *locatio conductio*, etc. » Mais il nous semble qu'il y a dans ce système une confusion entre la *causa civilis* et les autres éléments essentiels à l'existence du contrat. Sans doute pour que le contrat consensuel produise action, il faut qu'il fasse partie des anciens contrats admis par l'usage et par le droit des gens, dès la plus haute antiquité ; faute des clauses essentielles qui caractérisent ces contrats, la convention ne serait qu'un pacte. Mais il ne suit pas de là que ces éléments fassent partie de la *causa civilis*. En effet, ces contrats réels également exigent des éléments essentiels, comme la clause relative à l'usage gratuit et à la restitution *in specie* dans le *commodat*, etc., et cependant jamais on n'a compris ces éléments sous la dénomination de *causa civilis !* Celle-ci désigne le fait matériel qui vient se joindre à la convention pour la transformer en contrat. Dans les contrats consensuels, ce fait n'est pas nécessaire ; alors la convention devient elle-même et *à contrario*, la cause efficiente de l'action (pourvu, bien entendu, qu'on se place dans l'hypothèse des contrats nommés où l'usage a admis la dérogation à la règle). Le *nomen contractus* est donc une condition distincte de la *causa civilis*, et ce serait une nomenclature bizarre que celle qui consisterait à dire que l'action se forme *nomine contractus*, et à qualifier le *nomen* de *cause efficiente* du contrat lui-même. Ajoutons que dans les contrats innomés on admit une *causa* sans *nomen ;* c'étaient donc deux choses fort différentes. Telle est, du moins, notre manière de voir, et nous pensons que jusqu'à présent elle a été le plus généralement suivie.

Nous demanderons encore à notre savant collègue et ami, la permission de discuter une critique qu'il élève, page 12, contre une opinion courante. Suivant nous, il est très-exact de dire que le droit français diffère du droit romain au point de vue de la formation du contrat de *mutuum* par l'effet de *la dation* des choses prêtées. L'auteur fait observer que le *mutuum* n'existera véritablement que si la promesse de prêter est effectuée. Cela est vrai ; mais il n'en résulte pas que chez nous la translation de propriété soit la cause *efficiente* de l'obligation de l'emprunteur. En droit français, en règle générale, la convention suffit à cet effet, et si, dans l'espèce, le prêt n'est pas formé, c'est par une raison différente. C'est faute de *cause finale*, en vertu de l'article 1108 ; car l'emprunteur ne s'oblige qu'en vue de l'acquisition de la propriété. En droit civil romain, il est vrai, la *datio* servait à la fois de cause efficiente et de cause finale à l'obligation de l'emprunteur ; mais pour la naissance de la dette, au point de vue civil, comme pour la translation de la propriété, on se préoccupait seulement en général de la cause efficiente, et cela est si vrai que dans le cas de prestation de l'indu, la propriété était transférée malgré l'erreur du *tradens* sur le but de la dation, et qu'une obligation *ob falsam causam* n'était pas nulle *ipso jure*. Il est donc vrai de dire que dans le *mutuum* français, la cause efficiente de l'obligation consiste tout entière dans la convention, et non pas dans la *datio*. Du reste, ce n'est là qu'une observation de pure théorie.

L'auteur explique très-bien sur le paragraphe 3 *Instit. de verbor. oblig.* comment ce terme *ad quem* n'éteignait pas une dette d'après le droit civil. Puis il se pose une objection tirée du principe en vertu duquel un pacte joint *ex continenti* à un contrat avait le pouvoir de diminuer la dette ou même de la supprimer. La solution proposée par M. Vernet, p. 125, nous paraît un peu vague ; il se contente de faire remarquer qu'admettre l'extinction dans l'espèce, c'eût été *contrarier trop directement le droit civil*. Ne vaudrait-il pas mieux dire qu'un pacte même ajouté *in continenti* ne pouvait avoir plus d'efficacité que la convention primordiale elle-même ou plutôt qu'en réalité, il n'y a pas ici *pacte joint*, mais bien une clause primitive inhérente au contrat ?

Pour en finir avec nos critiques de détail, nous ajouterons qu'à

la page 124, l'auteur aurait bien fait de placer à côté de la règle générale sur les effets du terme *ad quem*, l'exception introduite par la loi Furia *De sponsis*, qui ordonna la libération *biennio* des *sponsores*, et des *fide promissores*. (Voir Gaïus, Comm., II, 121.)

Ces observations tendaient surtout à prouver à l'écrivain que son œuvre a été lue et méditée avec l'attention qu'elle mérite ; elles ne sauraient d'ailleurs diminuer en rien la valeur réelle d'un livre tout à fait à la hauteur du succès qu'il a obtenu. Espérons que l'auteur complétera, dans une prochaine publication, la *Théorie des obligations*, et qu'il dotera l'Ecole française d'un ouvrage digne de prendre place dans le domaine scientifique, non loin de l'excellent ouvrage de M. Pellat sur la propriété.

GUSTAVE HUMBERT,
Professeur de droit romain à la Faculté de Toulouse.

FIN DE LA ONZIÈME ANNÉE.

TABLE DES MATIÈRES.

Un manuscrit inédit d'Antoine de Govéa (Suite et fin), par M. E. Caillemer. 5

Les Coutumes de Larroque-Timbaud, 1270 (suite et fin), par M. Mouillié, conseiller à la Cour impériale d'Agen. 73

Bibliographie. — Almanach de Paris pour 1865, par M. A. D. . . 95

Fustel de Coulanges. La Cité antique, par M. R. Dareste. . . . 96

Bachofen. *Das Mutterrecht*... (Le Droit maternel), par M. R. D. . . 100

Le Gentil. Essai historique sur les preuves, sous les législations juive, égyptienne, indienne, grecque et romaine, par M. E. Bonnier. 101

La Biographie considérée au point de vue de l'étude du droit, par M. Victor Rosenwald, ancien collaborateur à la *Jurisprudence générale du royaume*. 104

Th. Bazot. De la récidive d'après la loi des 18 avril-13 mai 1863, par M. Paul Charpentier, substitut du procureur impérial à Châlons-sur-Marne. 107

Alphonse Grun. Cours de législation usuelle, contenant toutes les matières indiquées dans le programme officiel de l'enseignement secondaire spécial, par M. A. D. 110

De l'enseignement du droit d'après Bacon, par M. Albert Desjardins, docteur ès lettres, agrégé à la Faculté de droit de Nancy. . . 113

Du classement au point de vue domanial des édifices affectés à un service public national, départemental ou communal (fin), par M. Th. Ducrocq, professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Poitiers. 143

Recherches sur l'origine du notariat en Champagne, par M. d'Arbois de Jubainville. 163

Précis historique de l'origine et du développement de la communauté de biens entre époux, par M. K. d'Olivecrona, professeur de droit à l'Université royale d'Upsal, chevalier de l'ordre royal de l'Etoile polaire. 169

Bibliographie. — Marie-Paul Bernard. Histoire de l'autorité paternelle en France, par M. Louis Amiable. 190

Alphonse Boistel. Le droit dans la famille, études de droit national et de droit positif, par M. Louis Amiable. 190

L. DE FONTAINE DE RESBECQ. De la transmission entre-vifs de la propriété foncière en droit romain, dans l'ancien droit, et dans le droit actuel, par M. PAUL CHARPENTIER, substitut du procureur impérial à Châlons-sur-Marne.. 201

H. ELOY. Code pénal, par M. LÉONCE DE FONTAINE DE RESBECQ, docteur en droit.. 203

SERRIGNY. Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil, par M. R. DARESTE.. 205

GUNDERMANN. *Englisches Privatrecht* (Droit privé anglais), par M. R. DARESTE. 207

Lettre à M. de Rozière sur le concubinat chez les Romains, par M. D. PILETTE, docteur en droit. 209

Précis historique de l'origine et du développement de la communauté de biens entre époux (suite), par M. K. D'OLIVECRONA, professeur de droit à l'Université royale d'Upsal, chevalier de l'ordre royal de l'Etoile polaire. 218

BIBLIOGRAPHIE. — DEROME. Considérations sur la loi relative à l'instruction des flagrants délits, par M. A. STOT, avocat à Quimper. . 300

EDGAR HEPP. De la correspondance privée, postale ou télégraphique, dans ses rapports avec le droit civil, le droit commercial, le droit administratif et le droit pénal, par M. E. GLASSON, docteur en droit. 305

HENZEN et MOMMSEN. Le recueil d'inscriptions latines et les Tables lithographiées de M. Ritschel, par M. ALPHONSE RIVIER, docteur en droit, professeur à l'Université de Berne.. 310

C.-J. BEAUTEMPS-BEAUPRÉ. Le livre des droictz et des commendementz d'office de justice, publié d'après le manuscrit inédit de la bibliothèque de l'Arsenal. 315

Du faux en matière criminelle, par M. LÉONCE DE RESBECQ, docteur en droit, substitut à Nérac. 316

AMÉDÉE MADELIN. Le premier Consul législateur, étude sur la part que prit Napoléon aux travaux préparatoires du Code, par M. L. DE FONTAINE DE RESBECQ. docteur en droit, substitut à Nérac. . . . 316

RUDORFF, BRUNS, ROTH et BOHLAU. *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, Revue de droit historique.. 319

DEMOLOMBE. Traité des donations entre-vifs et des testaments. . . . 320

Lettre à M. de Rozière sur le concubinat chez les Romains (suite), par M. D. PILETTE, docteur en droit. 321

Précis historique de l'origine et du développement de la communauté de biens entre époux (suite et fin), par M. K. D'OLIVECRONA, professeur de droit à l'Université royale d'Upsal, chevalier de l'ordre royal de l'Etoile polaire. 351

BIBLIOGRAPHIE — ADOLPHE STOELZEL. Die Lehre von der *operis*

novi nunciatio und dem *interdictum quod vi aut clam*, eine civilistische abhandlung, par M. D.-Th.-A. Warnkoenig. 425

Hanauer (L'abbé). Les constitutions des campagnes de l'Alsace au moyen âge, par M. R. D. 427

Francesco Forti. *Opere postume*, par M. Anicet Digard. 429

Léopold Thézard. Répétitions écrites sur le droit romain, par M. P. C. 431

J.-L. Jay. Traité de la compétence générale des juges de paix et de leurs diverses attributions en matière civile et de procédure, par M. P. C. 431

Bioche. Traité des actions possessoires, etc., par M. P. C. 432

Lettre à M. de Rozière sur le concubinat chez les Romains (suite et fin), par M. D. Pilette, docteur en droit. 433

Les Coutumes du val de Rosemont, par M. Ed. Bonvalot, conseiller à la Cour impériale de Colmar. 465

Bibliographie. — Jules Bonnet. Mes souvenirs du barreau depuis 1804, par M. P. C. 510

Alphonse Grun. Jurisprudence électorale parlementaire, etc., par M. Jamet, avocat. 516

P.-F. Guichon de Grandpont. Instruction préliminaire à l'enseignement du Code Napoléon, par M. P. C. 518

Jules-Hubert Hillebrand. *Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Privatrechts*, Manuel du droit commun allemand actuel, y compris le droit commercial et le droit féodal, par M. R. Dareste. 518

Th. Ducrocq. Traités des édifices publics, des ventes domaniales et des partages de biens communaux et sectionnaires, par M. R. Dareste. 550

C.-J. Beautemps-Beaupré. Le livre des droictz et des commandementz d'office de justice, par M. Léonce de Fontaine de Resbecq, docteur en droit, substitut à Nérac. 552

Georges Picot. Recherches sur la mise en liberté sous caution.— Observations sur le projet de loi réorganisant la mise en liberté provisoire, par M. Paul Charpentier, substitut du procureur impérial à Châlons-sur-Marne. 556

Augustin Roger et Alexandre Sorel. Codes et lois usuelles classés par ordre alphabétique. 558

J. Briand, E. Chaudé et H. Gaultier de Claubry. Manuel complet de médecine légale, etc. 559

Léon Aucoc. Introduction à l'étude du droit administratif, par M. R. Dareste. 560

Histoire du droit privé gréco-romain, par M. Zachariæ de Lingenthal, traduit par M. Eugène Lauth, substitut du procureur impérial à Wissembourg.— I. Le droit de la famille. 561

De l'action *præscriptis verbis*, par M. Albert Desjardins, agrégé à la Faculté de droit de Paris, docteur ès lettres. 622

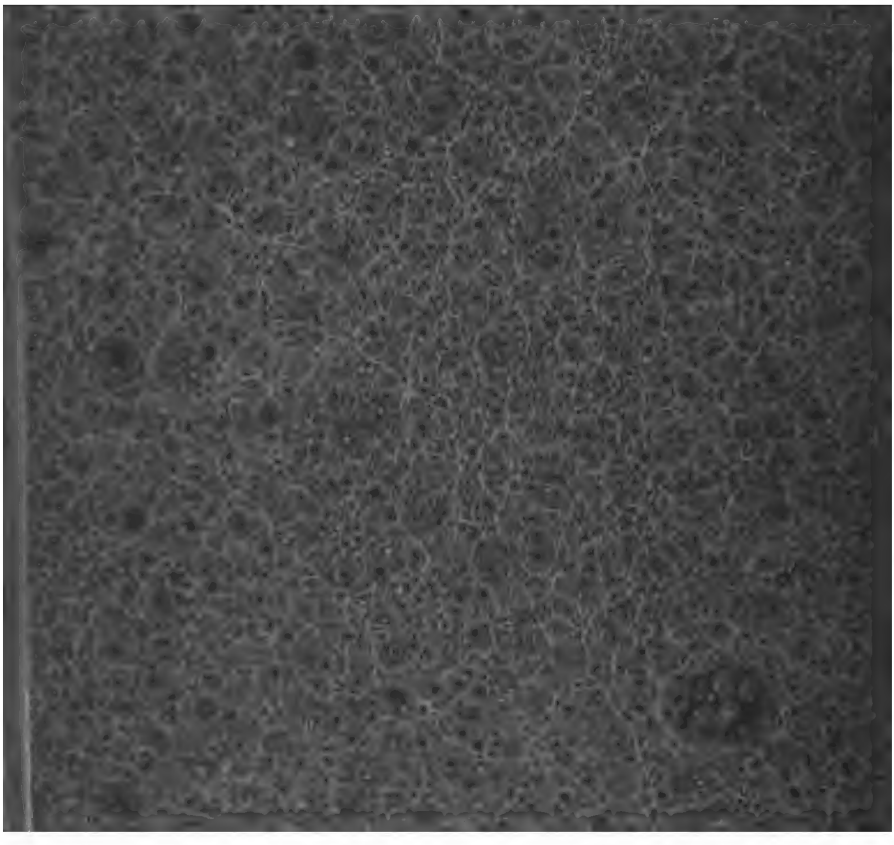
Bibliographie. — Compte rendu, par M. Léonce de Fontaine de Resbecq, docteur en droit, substitut à Nérac. 643

Domenico Gatteschi. Manuel de droit public et privé ottoman, par M. Amédée Roux. 646

Prosper Vernet. Textes choisis sur la théorie des obligations en droit romain, par M. Gustave Humbert, professeur de droit romain à la Faculté de Toulouse. 651

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

Paris. — Typographie Hennuyer et fils, rue du Boulevard, 7.



UNIVERSITY OF MICHIGAN
3 9015 06237 4486